Das furtum usus.

Ein Beitrag
zur Lehre vom römischen furtum.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königl. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

WILHELM CARL

Gerichtsreferendar.

St. Johann a. d. Saar.
Druck von H. Böes in Amberg.
1891.

Das furtum usus.

Ein Beitrag
zur Lehre vom römischen furtum.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen juristischen Fakultät
der
Königl. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

WILHELM CARL
Gerichtsreferendar.

St. Johann a. d. Saar.
Druck von H. Böes in Amberg.
1891.

Seinen

teuern Eltern

widmet diese seine Erstlingsschrift

in Dankbarkeit und Liebe

der Verfasser.

Titel der benützten Bücher.

Abegg: Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft. Neustadt a. d. Orla 1836.

Bachem Carl: Der Unterschied zwischen dem furtum d. röm. Rechts und d. Diebstahl. Köln 1880.

Berner: Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. Leipzig 1888. (XV. Aufl.)

Binding: Die Normen und ihre Übertretung. II. Bd. Leipzig 1877.

Birnbaum: Beiträge zur näheren Erörterung d. röm. Begriffs von furtum etc. (Archiv d. Kriminalrechts. Neue Folge. Jahrg. 1843 Seite 1—26 und 149—169.)

v. Buchholtz: Juristische Abhandlungen aus d. Gebiet d. heut. röm. Rechts S. 340 ff.

Dollmann: Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen R. (Münchener Preisschrift.) Kempten 1834.

Gaji: Instit. jur. civ. ed. Huschke. Leipzig 1886.

A. Gellii: noctium atticarum libri XX. ed. Martinus Hertz. 2 Bde. Berlin 1883.

Der Gerichtssaal, Band XXVII. Stuttgart 1875. Abhdlg. 15.
Band XXXVI. Stuttgart 1884. Abhdlg. 25.

Glück's Commentar. XIII. Teil, I. Abt. S. 211 ff. Erlangen 1811.

Grabowski Ed. Stanisl.: Furtum secundum diversas in jure Romano disciplinas etc. Berlin 1865.

Geyer: in der Österr. Gerichtszeitg. Jahrg. 1865 Nr. 33. „Zum Entwurf etc."

v. Grolmann: Grundsätze der Kriminalrechts-Wissenschaft. IV. Aufl. Giessen 1825.

Hückel: Über die Dreiteilung furtum rei ipsius etc. Tübingen 1886.

van Imhoff: de furtis ad XII tabulas etc. Groningae 1824.

Karthausius Christian Aug. (Praeside D. A. F. Schott): de furto usus. Lipsiae 1775.

Klien: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. I. Teil. (II. Teil nicht erschienen.) Nordhausen 1806.

Köstlin: Abhandlungen aus d. Strafrechte (bes. von Gessler). Tübingen 1858.

Landsberg: Das furtum des bösgläubigen Besitzers. Bonn 1888.

Luden: de furti notione. Jena 1831.

Marezoll: Das gemeine deutsche Kriminalrecht. Leipzig 1856.

Matthaei Antonii, Commentarius ad lib. XLVII et XLVIII Dig. de criminibus. Coloniae Munat. 1715.

Moll Henricus: de natura furti ex jure Romano. Berlin 1865.

Rein: Das Kriminalrecht der Römer. Leipzig 1844.

Rosenberger: Über das furtum nach klassisch-röm. Recht. Zürich 1879.

Rosshirt: Über den Begriff des röm. furtum und des deutschen Diebstahls. Neues Arch. d. Kriminalr. Halle 1820. S. 73 ff.

Derselbe: Geschichte u. System d. deutschen Strafrechts. II. Teil. I. Abt. Stuttgart 1839.

Schirmer: Zur Lehre vom furtum; in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftg. für Rechtsgesch. V. Bd. Roman. Abt. S. 206 ff.

Temme: Die Lehre vom Diebstahl n. preuss. R. Berlin 1840.

Thibaut: Versuche über einzelne Teile der Theorie d. Rechts. I. Bd. S. 35 — 65. Jena 1798.

Ullmann: Über den Dolus beim Diebstahl. Mannheim 1870.

Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre. (II. Aufl. besorgt v. Schirmer.) I. Bd. Leipzig 1858.

v. Wächter: Diebstahl — furtum — Entwendung, in Weiske's Rechtslexikon. III. Bd. S. 354 ff. Leipzig 1844 citiert: Wächter R.-L.

Derselbe: Lehrbuch d. Römisch-Teutschen Strafrechts. II. Teil. Stuttgart 1826 cit. Wächter Str.-R.

Ferner wurden benutzt die Pandektenlehrbücher von Arndts (XII. Aufl.), Baron (VI. Aufl), Dernburg (II. Aufl) und Windscheid, II. Bd. (IV. Aufl.). Die corpus juris-Stellen sind nach der Kriegel'schen Ausgabe (Leipzig 1887) angegeben.

Disposition.

Einleitung: Seite

§ 1a. Die Dreiteilung des furtum 9

§ 1b. Historisches über das furtum usus 11

Ausführung:

I. Die wesentlichen Erfordernisse eines furtum usus.

§ 2. Die Contrectatio 13

§ 3. Die fraudulose Gesinnung des Thäters 21

§ 4. Der animus lucri faciendi 31

§ 5. Das Objekt der Handlung 38

a. Allgemeines hierüber.

b. Die Stellen im corpus juris.

II. Die rechtlichen Folgen des Deliktes.

§ 6. Die actio furti 53

§ 7. Die condictio furtiva 60

§ 8. Die Nichtersitzbarkeit der Sache 66

Schluss:

§ 9. Das furtum usus und das heutige Recht 69

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545819_0062

Einleitung.

I. Die Einteilung des römischen furtum in furtum rei ipsius, furtum usus und furtum possessionis stützt sich hauptsächlich auf die Legaldefinition in l. 1, 3 D. de furtis 47, 2 (Paulus): „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve.“ Hiermit stimmt § 1 J. de oblig. quae ex del. 4, 1 bis auf die Worte „lucri faciendi gratia“, welche in der Institutionenstelle fehlen, wörtlich überein.

Zunächst sei erwähnt, dass über die Tragweite und Bedeutung der l. 1, 3 D. cit., sie ist den rec. sent. des Paulus entnommen, keineswegs volle Übereinstimmung unter den Juristen herrscht. Schon zu Cujacius Zeit ist man darüber nicht einig gewesen, ob die Genitive: vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve von contrectatio oder aber von lucri faciendi gratia abhängig zu machen seien.[1]) Die bei weitem meisten Schriftsteller sind der Ansicht, dass contrectatio und die folgenden Genitive zusammengehören. Aber auch die entgegengesetzte Ansicht hat namhafte Vertreter gefunden, so in Birnbaum, Dollmann, Temme, Schirmer u. s. w.[2]) Diese Schriftsteller verneinen auf Grund ihrer grammatischen Konstruktion, allerdings in verschiedener Weise, die übliche Dreiteilung. Nach unserer Meinung ist das richtigere, es erscheint wenigstens natürlicher und mit dem Sprachgebrauche der Quellen harmonierend, dass contrectatio und die erwähnten Genitive zusammengehören.[3])

1) Das nähere darüber, wie überhaupt zur Dreiteilung, siehe bei Hückel S. 5 ff.

2) Vgl. Birnbaum S. 18 ff., Dollmann S. 8, Schirmer S. 209.

3) So auch Rein, S. 305 Anm. Wächter R. L. Anm. 26, Schirmer bei Unterholzner Anm. 192.

Im übrigen ist die innere Berechtigung der Einteilung des römischen furtum in furtum rei ipsius, furtum usus etc. von der Entscheidung dieser syntaktischen Frage in keinerlei Weise abhängig. Schon eine genauere Durchsicht der bedeutendsten Stellen des corpus juris, die über das furtum handeln, zeigt, dass wir es bei diesen drei Bezeichnungen keineswegs mit technischen Ausdrücken zu thun haben. Nur in der l. 1, 3 D. cit. finden wir die Dreiteilung bestimmt ausgesprochen — die erwähnte Institutionenstelle ist ja gleichlautend — und diese Stelle berechtigt uns nicht, einen derartigen technischen Sprachgebrauch bei den römischen Juristen vorauszusetzen. Das richtige ist wohl, dass Paulus mit seiner berühmten Definition nur die Hauptrichtungen des furtum hat angeben wollen; es darf die Einteilung des genannten Juristen nicht dahin verstanden werden, als habe das römische Recht seinen allgemeinen furtum-Begriff in eine Mehrheit verwandter einzelner Delikte aufgelöst; es hat dieselbe vielmehr nur den Zweck und die Bedeutung, den Inhalt und Umfang des furtum näher anzugeben. Zahlreiche Beispiele des zweiten Titels im 47. Buche der Digesten zeigen, wie nicht nur die Substanz der Sache Objekt des furtum ist, sondern dass auch die possessio und der usus für sich allein durch dieses Delikt verletzt werden können.[1]) Wenn nun auch in den Quellen die Dreiteilung des furtum nicht formell ausgebildet und, abgesehen von der citierten Stelle, nicht direkt ausgesprochen ist, so lässt sich doch nicht leugnen, dass praktisch und sachlich eine solche in zahlreichen Fällen zum Ausdrucke kommt. An diese praktischen Fälle dürfen wir uns halten, denn die Stärke der römischen Rechtswissenschaft beruht keineswegs in der Formulierung korrekter Definitionen, sondern weit mehr in der Anwendung und Ausbildung der Rechtsbegriffe am einzelnen Falle. Im Verlaufe der späteren Ausführung wird sich dann noch zeigen, dass die erwähnte Dreiteilung nicht bloss von Bedeutung ist zur Hervorhebung der Verschiedenheit des Objektes beim furtum, sondern dass durch dieselbe auch die Verschiedenheit der rechtlichen Folgen, welche sich an dasselbe knüpfen, zu Tage tritt.

[1]) „Nicht nur die diebische Wegnahme oder das diebische Behalten einer körperlichen Sache, sondern auch jede Verkürzung und Beeinträchtigung eines anderen im Gebrauche, ja jede Entziehung der Vorteile aus dem Besitze, bildet das furtum" Rosshirt, Strafr. II. S. 282.

Eine von der unserigen ganz verschiedene Ansicht vertritt Temme (S. 8). Für ihn ist es wahrscheinlich, „dass die Römer nur eine einzige Art des Diebstahls kannten, nämlich das furtum rei, und zwar dahin, wenn der Dieb sich als Eigentümer der Sache gerierte, so dass sie nur hinsichtlich derjenigen Rechte, die ihm zu einer solchen Eigentumsausübung an der im übrigen fremden oder eigenen Sache fehlten, und die er durch den Diebstahl sich noch anmasste, notwendige Unterschiede andeuteten.“ Aber diese Ansicht findet gerade durch eine nähere Betrachtung des furtum usus eine gründliche Widerlegung, denn bei diesem will der Thäter immer nur den Gebrauch der Sache, niemals aber deren Substanz oder Besitz sich aneignen.

Auch der von Schirmer (Ztschr. d. Savigny-Stftg. S. 210) entwickelten Ansicht, dass eine Zweiteilung, nicht aber eine Dreiteilung des furtum angenommen werden müsse, können wir uns nicht anschliessen.

II. Bevor wir zur eigentlichen Behandlung des Themas schreiten, scheint es nicht unangebracht zu sein, einen kurzen Blick auf die historische Entwicklung unseres furtum usus zu werfen. Wahrscheinlich kannte das altrömische Recht nur ein furtum rei alienae et rei ipsius. Der ganze Begriff des Deliktes war in jener Zeit weniger fein ausgebildet und viel beschränkter als im klassischen und Justinianeischen Rechte.[1]) In den uns erhaltenen Bruchstücken der 12 Tafeln findet sich keine Spur einer Definition, lediglich eine Anzahl Strafbestimmungen deutet darauf hin, dass das Delikt in dieser Zeit keineswegs unbekannt und selten war. Die XII tabulae unterscheiden hauptsächlich das furtum manifestum und das furtum nec manifestum, je nachdem der Dieb bei der That selbst ertappt wird oder erst später. Gerade diese Scheidung des furtum in furtum manifestum und nec manifestum lässt den Schluss zu, dass zu dieser Zeit das furtum usus ein unbekannter Begriff gewesen ist. Denn die ganze Unterscheidung beruht ja darauf, ob es dem fur gelingt, die Sache unbemerkt der fremden Detention zu entziehen, oder nicht.[2]) Die Stellen aber im corpus juris, welche

1) Vgl. Rosenberger S. 4 und van Imhoff bes. die ersten 80 Seiten.

2) „Apud decemviros furti inerat amotio rei mobilis e potestate domini sive rem tenentis, et huic erat inaedificata distinctio furti manifesti et nec manifesti.“ van Imhoff pag. 133

vom furtum usus handeln, haben in der Regel, bis auf zwei Fälle immer, zur Voraussetzung, dass die Sachen sich schon vorher in der Detention des Thäters befinden, so dass eine „amotio e potestate domini etc." hierbei ganz überflüssig und unmöglich ist.

Die weitere Entwicklung des furtum näher zu verfolgen, sind wir beim Mangel juristischer Quellen aus dieser Periode nicht in der Lage. Nur darf als sicher angenommen werden, dass mit Hilfe der Theorie und Praxis, besonders gefördert durch die Thätigkeit des Prätors, der Begriff des furtum mit der Zeit eine erhebliche Erweiterung erfuhr, indem unter anderem auch furtum usus, die Unterschlagung u. s. w. als zum furtum gehörig betrachtet wurden.[1]) Jedenfalls war schon zu Beginn des II. Jahrhunderts v. Chr. das furtum usus bekannt und anerkannt, wie wir auf Grund von Gellius, noct. att. VI (VII) c. 15 anzunehmen berechtigt sind. Diese Stelle bei Gellius lautet:

> „Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa judicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui jumentum aliorsum duxerat quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. (2). Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de jure civili composuit, XVI. verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit."

„Der Jurist Brutus lebte zwischen M. P. Cato dem Älteren († 149 v. Chr.) und Publius Rutilius Rufus, einem Zeitgenossen des Marius; l. 2, 39 D. de orig. jur. 1, 2. Quintus Mucius Scaevola war Consul im Jahre 95 v. Chr." (Hückel S. 21 u.)

Auch der Nachfolger Labeos, Proculus ist für den erweiterten furtum-Begriff eingetreten; des weiteren haben sich mit dem furtum usus beschäftigt: Pomponius, Gajus, Ulpian, Paulus u. s. w.

---

1) Die Ansicht Temme's (S. 10), der Begriff des furtum sei zu Anfang und zu Ende der römischen Gesetzgebung ziemlich derselbe gewesen, ist gewiss unrichtig.

Die wesentlichen Erfordernisse eines furtum usus.

Die am Beginne der Einleitung citierte Legaldefinition des furtum gestaltet sich für unseren spezielleren Fall folgendermassen: Furtum usus est contrectatio usus rei fraudulosa lucri faciendi gratia.

Die wesentliche Grundlage des ganzen Begriffes ist die contrectatio. Oft sagen die Quellen, dass ohne contrectatio ein furtum nicht möglich ist, aber nirgends finden wir eine genaue und bestimmte Definition des Wortes. Infolge dessen muss man versuchen, den Begriff aus den einzelnen Fällen in den Quellen herzuleiten. Hierbei haben sich nun die verschiedensten Ansichten gebildet. In negativer Hinsicht sind alle darin einig, dass der blosse Wille und die Äusserung dieses Willens allein keineswegs zum Vorhandensein der contrectatio hinreichen.

> „Sola cogitatio furti faciendi, non facit furem."
> (l. 1, 1. D. h. t. 47, 2.)
>
> „Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit." (l. 53, 2 D. d. V. S. 50, 16 in fine.)

Noch deutlicher spricht den Gedanken, dass eine äusserlich hervortretende Handlung zur Existenz des furtum erforderlich sei, die l. 52, 19 D. h. t. 47, 2 (Ulpian) aus:

> „neque verbo, neque scriptura quis furtum facit; hoc enim jure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat; quare et opem ferre, vel consilium dare tunc nocet, quum secuta contrectatio est."

Es genügt also nicht, den animus furandi zu haben, ihn in Wort und Schrift auszudrücken, immer muss sich noch dieser Entschluss in eine That umsetzen, wenn das Erfordernis der contrectatio erfüllt werden soll.[1]) Das eben Gesagte erleidet auch keine

[1]) „In dieser Hinsicht vermag kein Unterschied in unserem Strafrecht und dem römischen Privatstrafensystem anerkannt zu werden; es liegt hier das Grundprincip allen Strafrechts vor, dass regelmässig ein Delikt nur in einer körperlichen Handlung, nicht in einer blossen Äusserung gefunden werden darf." Landsberg. S. 142.

Einschränkung durch die scheinbar widersprechende Stelle in Gell. noct. att. XI. 18, 23: „Sed meminisse debemus, secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse, *sola mente atque animo,* ut furtum fiat adnitente."

Diese Stelle will nicht besagen, dass zum Wesen des furtum eine contrectatio nicht erforderlich sei, sondern nur, dass der animus furandi und die diesen animus in die Wirklichkeit umsetzende That nicht notwendig von derselben Person ausgehen müssen. Dieser Satz ermöglicht es auch, den Urheber und Gehilfen wegen des Deliktes zu belangen.

So weit herrscht Übereinstimmung unter den Schriftstellern. Worin aber das Wesen der contrectatio bestehe, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander. Mit besonderem Nachdrucke hat Birnbaum (S. 20 ff.) die sogenannte „Ablationstheorie" vertreten, nach welcher der Dieb die Sache von der Stelle gebracht haben muss — loco movere —, wenn eine contrectatio vorliegen soll. Noch weiter als Birnbaum gehen einige andere, welche verlangen, der Dieb müsse die Sache nicht bloss von der Stelle gebracht, sondern auch dorthin geschafft haben, wohin er beabsichtigte, in sein Gewahrsam. Wir wollen uns aber in folgendem nur mit der zuerst erwähnten Ansicht beschäftigen, da mit deren Widerlegung auch die andere hinfällig wird.

Zum Beweise der Richtigkeit der von ihm vertretenen Theorie stützt sich Birnbaum (S. 20 ff.) hauptsächlich auf die l. 3, 18 D. 41, 2 von Paulus:

> „Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur."

Auch Temme imponiert diese Stelle, denn er sagt (S. 42) auf Grund derselben, in den Quellen sei ausgesprochen, die contrectatio „müsse mit einem loco movere verbunden sein". Wie ferner Dollmann (S. 19) inbezug auf diese Stelle behaupten kann: „hier ist unstreitig loco movere als das *minimum* bezeichnet, was vorhanden sein muss, wenn überhaupt contrectatio angenommen

werden soll," ist uns unerfindlich. Betrachten wir nämlich die Stelle objektiv, so ergibt sich Folgendes. Der Jurist sagt, durch das blosse Leugnen allein wird kein furtum begangen; so lange sich die rechtswidrige Gesinnung nicht in ein Handeln umsetzt — und dafür gebraucht er loco movere — ist kein furtum vorhanden. Sobald aber ein loco movere mit dem Depositum vorgenommen wird, ist das Delikt vollendet, das Requisit der contrectatio erfüllt. Dies und nichts weiter besagt in dieser Beziehung die Stelle.[1]) Sobald ein „loco movere" vorhanden ist, haben wir eine contrectatio, woraus wir aber nicht umgekehrt schliessen dürfen, damit eine contrectatio vorhanden sei, muss ein loco movere stattfinden; loco movere ist eben ein engerer Begriff als contrectare.

Derselben Meinung wie Birnbaum scheint mir auch Unterholzner (S. 203) zu sein; er sagt nämlich: „Diese Verfügung, welche in unseren Quellen unter dem Namen contrectatio vorkommt, muss zugleich so beschaffen sein, dass sie die Sache den Augen desjenigen, der durch die Entwendung beeinträchtigt ist, entrückt;" „doch ist dieses," fährt er weiter fort, „nicht besonders erforderlich, wenn schon vor der Entwendung die Sache sich nicht unter dessen Augen befunden hat, wie es bei verliehenen und verlorenen Sachen der Fall ist." Unterholzner ist also für das „von der Stelle bringen" von Birnbaum, nur nennt er es selbst „Entrückung", aber er merkt gleich, dass dieses nicht zu halten ist gegenüber — dem furtum usus, und darum macht er die Einschränkung; „doch ist u. s. w.". Er hat damit auch unwillkürlich den wundesten Punkt der ganzen Theorie getroffen; es scheitert nämlich die Ablationstheorie an dem furtum usus und den hierfür im corpus juris beigebrachten Fällen. So heisst es z. B. in der

l. 54 pr. D. h. t. 47, 2 (Gajus): „Si pignore creditor utatur, furti tenetur."

Wenn also der Schuldner seinem Gläubiger als Pfandobjekt ein Klavier aushändigt, dessen Schlüssel er aber zurückbehält, damit es nicht in der Zwischenzeit benutzt und abgenutzt wird, der

[1]) Ganz richtig zu dieser Stelle Matthaeus (pag. 39): „Similiter si depositarius rem depositam inficiandi animo contrectet, furtum facit, licet non auferat rem, quam penes se ante habet." Ferner pag. 40 (Mitte).

Pfandgläubiger aber geht hin, öffnet das Instrument und erteilt auf demselben Klavierunterricht, so begeht er ein furtum usus, die contrectatio ist durch den ausdrücklich verbotenen Gebrauch gegeben. Hier hat doch sicherlich keinerlei loco movere, von der Stelle bringen u. s. w. stattgefunden, die Sache ist nicht einen Zoll breit von der Stelle gebracht worden. Es ist aus diesem Grunde auch die von Dollmann (S. 19) gegebene Übersetzung: contrectare = loco movere = verrücken, nicht richtig, denn es lassen sich zahlreiche Fälle denken, wo eine derartige Handlung zum Vorhandensein der contrectatio nicht nötig ist. Beim furtum usus hat aber der Thäter die Sache meistens schon vor seiner rechtswidrigen Handlung inne, und der Gebrauch einer Sache, die man schon detiniert, ist sehr leicht ohne jedwede Ortsveränderung möglich.

Birnbaum selbst probiert seine Theorie an einem Beispiele (S. 20), entnommen dem Gebiete des furtum usus, aber der ganze Versuch zeigt durch seine ausserordentlich gewundene Begründung, dass sich beim furtum usus die Ansicht nicht halten lässt. Zum Schlusse sei es gestattet, eine Stelle von Gajus anzuführen, auf die wir unten näher zu sprechen kommen, welche klar und deutlich ausspricht, dass amovere und contrectare keineswegs identisch sind:

„Furtum autem fit non solum, quum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, quum quis rem alienam invito domino contrectat:“
(l. 6. J. 4, 1.)

Noch weniger als die Ablationstheorie lässt sich die sogenannte „Apprehensionstheorie“ mit unserem furtum usus vereinen. Nach dieser Theorie ist das furtum vollendet, wenn der Dieb von der gestohlenen Sache Besitz ergriffen hat; die contrectatio ist also gegeben, wenn der Detentor den Entschluss, die Sache zu besitzen, durch Worte oder konkludente Handlungen zu erkennen gegeben hat.[1])

Diese Auffassung trifft zwar zu bei dem Diebstahle, wie er sich nach dem § 242 unseres heutigen Strafgesetzbuches darstellt,[2])

[1]) Vgl. l. 67 pr. D. h. t. 47, 2 (Celsus): „Infitiando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, facit furtum.“

[2]) Vgl. Berner S. 542.

anders aber verhält es sich in dieser Hinsicht mit dem römischen furtum. Der fur, welcher die Sache stiehlt, um sie zu behalten, der Fall des furtum rei ipsius, der erwirbt Besitz an der Sache und mit der Besitzergreifung ist auch das Delikt begangen. Dasselbe gilt vom furtum possessionis. Aber ganz anders verhält es sich beim furtum usus. Denn „geht die Absicht des Diebes nur auf Anmassung des Gebrauches, des usus, so hat er keinen animus domini; es kann also in der contrectatio rei kein Besitzerwerb gesucht werden. Hatte er vorher die Sache schon in seiner Detention, so besteht die contrectatio nur in der Handhabung, zu dem Ende, sie zu gebrauchen. Wo nicht, so liegt in ihr Ergreifen des natürlichen Besitzes mit jener Absicht." (Dollmann S. 21.) Es ist in jedem Falle bei dem furtum usus ein Besitzwille ausgeschlossen. Der Contrektant beabsichtigt nur, einen unerlaubten Gebrauch von der Sache zu machen und ist bereit, wenn dies geschehen, dem Berechtigten das Objekt seiner widerrechtlichen Handlung zurückzugeben. Hat er zur Ausübung seiner Handlung nötig, die Sache einem anderen wegzunehmen, so erwirbt er nur eine possessio naturalis, hat er aber die Sache bereits inne, so bleibt er nach wie vor dem furtum usus Detentor einer res aliena.[1])

Sowohl die Ablationstheorie wie die Apprehensionstheorie erweisen sich also als ganz unhaltbar und nicht zutreffend bei dem furtum usus. Gerade Fälle des furtum usus sind es auch, welche Gajus (III, 195—198), in den § 6, 7, 8 J. de obl. quae ex del. 4, 1 wiedergegeben, seinem oben citierten Satze, dass nicht notwendig amovere für den Begriff des contrectare erforderlich sei, folgen lässt. Und eben hierin erblicken wir einen Beweis dafür, dass der Ausdruck „contrectatio", inbezug auf das furtum gebraucht, von dem Zeitpunkte datiert, wo das furtum usus aufkam. So lange man nur das furtum rei ipsius kannte — vergl. unsere Einleitung II — waren die Ausdrücke amovere, tollere, surripere hinreichend, um die Handlung deutlich genug zu fixieren; es musste hier ja immer eine Besitzentziehung stattfinden und ebenso eine Ortsveränderung mit der Sache erfolgen. Ganz anders aber gestaltete sich die Sache, als das furtum die oben geschilderte Erweiterung

[1]) Ganz richtig Dernburg, I. S. 418 oben: „Nimmt jemand ein Objekt, z. B. ein Buch, eigenmächtig aus unserem Gewahrsam in der Absicht, es nach dem Gebrauche, z. B. der Lektüre, zurückzubringen, so erhält sich unser Besitz."

erfuhr, und auch die Verletzung des blossen usus rei mit in den Kreis des Deliktes gezogen wurde. Jetzt erwiesen sich die genannten Ausdrücke nicht mehr als hinreichend, um den Thatbestand genau zu bezeichnen, man musste nach einem neuen, auch den Fall des furtum usus umfassenden Ausdrucke suchen et „Icti Romani huic ipsi casui contrectandi verbum invenerunt". (Moll pag. 45.) Mit diesem Ausdrucke „contrectatio" war man in der Lage, die Handlung beim furtum genügend zu fixieren, der Ausdruck war elastisch und unbestimmt genug, um nicht nur auf das neuentstandene furtum usus, sondern auch auf die früheren Fälle Anwendung finden zu können. So bildete sich der Satz, dass ein „furtum sine contrectatione fieri non posse"; „contrectatio" war terminus technicus geworden.

Auch van Imhoff scheint sich in seiner umfangreichen Dissertation „de furtis ad XII tabulas etc.", pag. 94,[1]) die Sache so zu erklären. Er schreibt: „Vetustiores in furto unice cogitasse videntur de re, e possessione domini, aut ejus etiam, qui domini loco tenebat, mota aut ablata, sive moveri aut auferri coepta; deinde est extensa ad res ante receptas, quas igitur fur non movet e suo apud dominum loco, quas tamen attingendo et adtrectando, quod utrumque Ulpiani est, ac si dominus esset, ... Paulus igitur contrectandi utitur vocabulo et hoc duos in jure habet significatus, qui modo disjuncti veniunt, modo in hoc uno vocabulo conjunguntur."

Worin aber besteht nun diese contrectatio, die für das Vorhandensein des furtum so wichtig ist? In jedem Falle ist dazu erforderlich eine physische Einwirkung auf die Sache. Aber diese physische Einwirkung gestaltet sich in den verschiedenen Fällen ganz verschieden; bald ist mit ihr eine Ortsveränderung der Sache verbunden, bald nicht; im allgemeinen wird man aber immer ein vollständiges Erfassen und Ergreifen verlangen müssen.

Wie unbestimmt und weitreichend von jeher der Ausdruck „contrectatio" aufgefasst wurde, das bezeugt u. a. die Institutionenparaphrase von Theophilus (II. 6. § 3): „*Ψηλαφᾶν δέ ἐστι τὸ ὡς δεσπότην ἀναστρέφεσθαι περὶ τὸ πρᾶγμα καὶ πράττειν τὰ πρέποντα δεσπόταις ἐπ' αὐτῷ.*"

[1]) Vgl. aber auch van Imhoff S. 96 u. a. a. O.

Im Anschlusse an diese Stelle nennt Schirmer (Unterholzner I. 205) das contrectare ein „pro domino ipsius rei se gerere." Diesem möchte ich beistimmen, denn bei dem furtum usus besteht ja die contrectatio des Thäters darin, dass er sich widerrechtlich einen Gebrauch an einer fremden Sache anmasst, der nur dem Eigentümer derselben, resp. dem von diesem ermächtigten Usuar zukommt. Auch das, was Ullmann (S. 11) sagt, halte ich inbezug auf unser furtum usus für ganz zutreffend: „Die wesentliche Grundlage des furtum ist die contrectatio (fraudulosa). Die Vergleichung der bedeutendsten Stellen der römischen Quellen, die hiervon handeln, zeigt, dass man darunter jede thatsächliche Manipulation[1]) des Thäters mit der Sache selbst verstand."

Wenn Windscheid (S. 690) contrectatio durch „Behandlung einer Sache" wiedergibt, so erscheint mir dieser Ausdruck doch zu unbestimmt und zu allgemein, um die thatsächliche, körperliche Verfügung, welche in dem Worte enthalten ist, zum Ausdrucke zu bringen.

Es kann also, um das vorausgehende zusammenzufassen, die contrectatio usus rei in mancherlei Formen äusserlich zur Erscheinung kommen; jedesmal ist bei dem einzelnen Falle darauf zu sehen, ob eine thatsächliche Anmassung des Gebrauches stattgefunden hat oder nicht. Es ist um so mehr darauf zu achten, ob wirklich eine contrectatio stattgefunden habe, ob wirklich eine in sich abgeschlossene Handlung vorliegt, weil einmal die rechtswidrige Aneignung des Gebrauches einer Sache, besonders wenn man sie schon detiniert, nicht so sehr in die äussere Erscheinung tritt, wie die Aneignung der Substanz; dann aber auch aus dem Grunde, weil den Römern der Begriff des conatus eines Deliktes gänzlich abgeht. Das furtum ist entweder vorhanden oder nicht, einen conatus furti gibt es nicht. Allerdings kann das begonnene, aber nicht zur Vollendung gelangte furtum sich als ein anderes Delikt, z. B. injuria, darstellen oder aber eine Kontraktsklage begründet sein, aber gerade bei unserem furtum usus wird ersteres wohl selten der Fall sein. Das furtum usus ist immer dann vollendet, sobald der Thäter die Sache widerrechtlich gebraucht hat, oder nur zu gebrauchen angefangen hat; (vgl. Wächter R. L.

[1]) Auch Köstlin (S. 195) bedient sich dieses Ausdruckes.

S. 365 u. A. 61); denn es ist gleichgiltig, ob derselbe die Möglichkeit erhielt, die Sache in dem Umfange zu benutzen, wie er beabsichtigt hatte, es ist gleichgiltig, ob der beabsichtigte Zweck erreicht wurde oder nicht. Sobald aber auch die thatsächliche Verfügung über die fremde Sache stattgefunden hat, ist das fremde Recht verletzt, die contrectatio vorhanden, und dieses begangene furtum kann nicht mehr ungeschehen, nicht mehr rückgängig gemacht werden: nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit. (l. 65 D. h. t. Ulpian.)

§ 2.

Die fraudulose Gesinnung des Thäters.

Wie wir soeben näher ausgeführt, bezeichnet die contrectatio eine thatsächliche, körperliche Handlung, die an und für sich in keiner Weise die Gesinnung des Thäters wiederspiegelt. Aber nicht jede contrectatio ist für den Begriff des furtum ausreichend; zum Wesen desselben gehört eine fraudulosa contrectatio. Dieses Wort „fraudulosa" kommt zwar ausser an dieser Stelle, l. 1, 3 D. cit., sonst nirgends in den Quellen vor, aber schon die Ethymologie des Wortes — das ja notwendig mit fraus zusammenhängt — deutet an, dass ein culposes furtum nach römischem Rechte nicht begangen werden kann. Vgl. besonders l. 76 pr. D. h. t. 47, 2. Mag der Thäter noch so sehr in culpa sein, niemals reicht culpa lata, culpa dolo proxima zum Vorhandensein eines furtum hin, der Satz der l. 226 D. de V. S. 50, 16: magna culpa dolus est findet hier keine Anwendung. (Betr. der Begründung vgl. u. a. Binding, S. 383—390.)

Ausser der schon öfters citierten Definition des Paulus in der l. 1, 3 D. h. t. besitzen wir von ihm selbst noch eine andere, davon abweichende, nämlich in seinen rec. sent. II. 31, 1: „fur est qui dolo malo rem alienam contrectat." Ferner haben wir über das furtum noch Definitionen von Gajus (III. 195) und von Sabinus (Gell. noct. att. XI. 18), welche beide verlangen, dass die contrectatio „invito domino" [1]) geschehen sein müsse, wenn ein furtum vorliegen soll. Unter „dominus" verstehen hierbei beide Juristen, wie sich aus dem ganzen Zusammenhange ergibt, nicht bloss den Eigentümer der Sache, sondern überhaupt den, dessen Recht durch die widerrechtliche Handlung des fur verletzt wird. (Vergl. van Imhoff pag. 141 in fine.) Aber alle drei genannten Juristen geben durch ihre Definitionen der Ansicht Ausdruck, dass von einem culposen Diebstahle nicht die Rede sein könne. Auch zeigt eine Vergleichung der beiden Definitionen des Paulus zur Genüge, dass

---

1) Vgl. auch noch l. 225 D. de V. S. 50, 16 (Tryphonin) in med.

der Ausdruck „dolo malo“ der älteren Definition in irgend einem Worte der neueren aufgegangen sein muss. Dieses Wort kann aber nur „fraudulosa“ sein. Wir wenigstens sind der Meinung, die wir unten ausführlicher begründen werden, dass der dolus nicht durch die Worte „lucri faciendi gratia“ ausgedrückt werden soll, sondern dass darin lediglich ein bestimmtes Motiv des Handelns erblickt werden darf, ein Motiv, das an und für sich gar nichts rechtsverletzendes in sich birgt. Es hat die römische Gesetzgebung, wie bis zur Stunde alle positiven Gesetzgebungen den Begriff des culposen Diebstahls nicht in Betracht gezogen; und selbst Schriftsteller wie Klien, welche die Möglichkeit eines culposen Diebstahls annehmen, gestehen, dass der Begriff eines solchen dem römischen Rechte gänzlich abgeht.[1])

Wir begegnen darum auch keinerlei Widerspruch unter den Juristen darüber, dass der zum furtum erforderliche dolus malus in „fraudulosa“ einen Ausdruck gefunden hat; nur darüber besteht unter den Schriftstellern Streit, welche speziellen Eigentümlichkeiten noch durch dieses Wort, was ja immerhin nicht identisch mit dolo malo zu sein braucht, gekennzeichnet werden sollen. Das nähere hierüber unten; betrachten wir den dolus des fur genauer, mit besonderer Berücksichtigung des furtum usus, so finden wir folgendes.[2])

Der Thäter muss sich zunächst bewusst sein, dass ihm an der betr. Sache das bezügliche Gebrauchsrecht nicht zustehe. Wenn der Thäter vermeint, es stehe ihm dieses Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an der Sache zu, so ist er frei vom dolus malus, und zwar gleichgiltig, ob sein Irrtum ein thatsächlicher oder aber ein Rechtsirrtum ist.[3]) Begeht also der Mann die betr. Handlung, so kann er zwar kontraktlich vielleicht belangt werden, aber keinesfalls ist ein furtum begründet.[4]) So sagen unsere Quellen in § 7 J. de obl. quae ex del. 4, 1:

[1]) „Ein culposer Diebstahl nach positiven römischen Gesetzen existiert nicht.“ Klien. S. 131 u.

[2]) Für das folgende vergl. Binding a. a. O. S. 285—288, Rosenberger, S. 29.

[3]) Über Rechtsirrtum beim furtum siehe Binding S. 327 und 328 und allgemein schon an früheren Stellen.

[4]) „Eben deshalb ist auch kein furtum usus vorhanden, wenn derjenige, welcher den gestatteten Gebrauch überschreitet, oder ohne Erlaubnis eine Sache ge-

„Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere, eumque si intellexisset, non permissurum; at, si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur."

Ähnlich drückt sich auch l. 76 pr. D. h. t. aus. Es muss ferner der Thäter, der eine ihm rechtlich nicht zukommende Handlung an der fremden Sache vornimmt, diese wirklich für eine fremde halten. Glaubt er also dieselbe sei res nullius, sie sei derelinquiert, weiss er also nichts von dem doch vorhandenen, ihm entgegenstehenden Rechte, so begeht er durch seine Handlung ebenfalls kein furtum. Natürlich muss ein entschuldbarer Irrtum vorliegen, aber auch hier gleichgiltig, ob Rechts- oder thatsächlicher Irrtum.

l. 43, 6 D. h. t. (Ulpian). „Sed et si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur."

Unter diesen Abschnitt gehört wohl auch der Fall, wo der Thäter zwar glaubt ein fremdes Recht zu verletzen, re vera aber eine res derelicta oder res nullius etc. vorhanden ist. Der Thäter begeht dann kein furtum, da ein entgegenstehendes Recht nicht vorhanden ist, eine Rechtsverletzung also objektiv gar nicht vorliegt.

l. 43, 5 D. h. t. (Ulpian). „Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat."

Es ist ferner auch dann kein furtum vorhanden, wenn zwar der Thäter weiss, dass ihm kein Recht zustehe, sich bewusst ist, dass ihm ein fremdes Recht entgegenstehe, aber nicht weiss, dass der, den er zu verletzen beabsichtigt, in seine That einwilligt, nichts dagegen hat.

§ 8. J. 4, 1. „Sed et si credat aliquis, invito domino se rem commodatam contrectare,

braucht, glaubt — wenn auch ganz irrig und unter Umständen, unter welchen er es gar nicht sollte — der Eigentümer werde nichts dagegen haben." Wächter, Strafr. S. 277 (n. 50).

domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri.“ [1])

Allerdings muss in diesem Falle wirklich eine Zustimmung, Einwilligung des Berechtigten vorliegen, ein nicht verwehren, den Handelnden nicht stören, kann nicht unter allen Umständen als Einwilligung aufgefasst werden. Mit Recht sagt darum Unterholzner (S. 199): „Auch ist noch keine Einwilligung und hebt also den Begriff des furtum nicht auf, wenn Jemand der Entwendung nicht gewehrt hat. Er kann es gethan haben, um dem Diebe auf die Spur zu kommen, oder aus Furcht (l. 7, 1. l. 91 D. h. t.) oder reverentia ductus.“ Darum erscheint uns auch die so viel besprochene l. 20. C. 6, 2 (§ 8. J. 4, 1) keineswegs als eine Anomalie, sondern es liegt unseres Erachtens eben keine wahre Einwilligung des Berechtigten vor.[2])

Endlich muss der Thäter, der sich bewusst ist ein Recht auszuüben, das ihm nicht zukommt, der weiss, dass dieses Recht einem anderen zusteht, durch seine That den Berechtigten auch wirklich verletzen wollen. Allerdings wird in diesem letzten Falle der dolus stets als vorhanden angenommen werden dürfen, sofern nicht der Handelnde das Gegenteil beweist.

Es ist also, um das vorhergehende zusammenzufassen, zur contrectatio fraudulosa erforderlich, dass der Thäter weiss, dass ihm kein Recht zusteht, weiss, dass ein anderer dieses hat, und dass er trotzdem sich dieses Recht anmasst. Wir schliessen uns darum auch voll und ganz den Worten Windscheid's (S. 690 n. 4)

[1]) Mit dieser Stelle stimmt inhaltlich überein die l. 46, 8 D. de furtis 47, 2 (Ulpian): „Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, quum dominus vellet, an furti actio sit. Et ait Pomponius, furtum me facere; verum tamen est, ut, quum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus“ An der Hand dieser Stelle sowie auf Grund von l. 6 D. expilatae hered. 47, 19 zeigt Binding, dass Neratius und Pomponius anderer Meinung in dieser Hinsicht gewesen sind als Gajus und Paulus und Ulpian. Es vollzieht sich hierbei „eine sehr interessante Abänderung der alten mehr ethischen, subjektiven Auffassung des Vorsatzes zu Gunsten einer strengen juristischen, objektiv prüfenden noch vor unseren Augen.“ (Binding S. 285.) Neratius und Pomponius unterlagen mit ihrer Ansicht, die im Texte ausgeführte von Gajus, Ulpian und Paulus blieb Sieger, aber dass man hier und da doch aus Billigkeitsgefühl Inkonsequenzen sich zu Schulden kommen liess, beweist der in § 8 J. 4, 1 und l. 20 C. 6, 2 behandelte und entschiedene Fall.

[2]) Über andere Ansichten inbezug auf diese Stelle vgl. Moll S. 62 ff.

an, der von der contrectatio fraudulosa sagt: „Es ist also notwendig Unrecht und Bewusstsein des Unrechts. Unrecht ohne Bewusstsein des Unrechts genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewusstsein des Unrechts ohne Unrecht."

Das bisher über den dolus malus beim furtum Gesagte glauben wir am deutlichsten machen zu können durch die Ausführung einiger dem Gebiete des furtum usus entnommener Beispiele, welche in interessanter Weise inbezug auf den malae fidei possessor Landsberg (S. 190 ff.) des näheren ausführt.

Wenn der mal. fid. poss. eine Sache dritten gegen Entgelt zum Gebrauche überlässt, er vermietet, verpachtet sie ihnen, so ist kein furtum vorhanden, wenn auch der wahre Eigentümer bei einer regelrechten Bewirtschaftung der Sachen dieses gethan haben würde. Denn hier ist der mal. fid. poss. zu einer solchen Handlungsweise sogar verpflichtet, er haftet ja für fructus percipiendi; es hat darum seine contrectatio nichts widerrechtliches, nichts frauduloses an sich, ein furtum usus liegt demnach nicht vor.

Ja, selbst dann, wenn der wahre Eigentümer diese Sachen nicht verpachtet, nicht vermietet hätte, begeht der mal. fid. poss. trotzdem kein furtum usus, sofern er nur hinsichtlich der Verwendungsweise wirklich redlich ist; das darf wohl ohne weiteres angenommen werden, wenn die bestimmungsgemässe Bewirtschaftung eine derartige Verwendung und Verwertung der Sachen wahrscheinlich und möglich erscheinen liess. Hier glaubt ja der mal. fid. poss. Früchte ziehen zu müssen, glaubt eine gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen und befindet sich somit in einem entschuldbaren Irrtume, der einen dolus nicht aufkommen lässt.

Wie aber dann, wenn der mal. fid. poss. die fremde Sache ohne Entgelt verleiht, also ein Commodat bezüglich derselben eingeht? Thut er dieses in eigenem Namen, ohne dem Leihempfänger zu sagen, dass es sich um eine fremde Sache handle, gerirt er sich diesem gegenüber als Eigentümer oder Berechtigter, so ist unbedenklich furtum usus anzunehmen. Anders verhält es sich, wenn der mal. fid. poss. dem betr. Leihempfänger erklärt, es handle sich um eine fremde Sache, die Einwilligung des Eigentümers sei aber zu vermuten und anzunehmen. In diesem Falle liegt kein furtum usus vor; wenn sich der mal. fid. poss. geirrt hat über die Ansicht des Berechtigten, so ist er ja kontraktlich demselben trotzdem

verhaftet für die fructus percipiendi, die contrectatio fraudulosa fehlt, da sich der Handelnde in entschuldbarer Weise inbezug auf den Willen des Berechtigten geirrt hat.

> „Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putat? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit." (l. 46, 7. D. h. t. Ulpian.)

Wie wir oben bereits kurz angedeutet, kommt das Wort „fraudulosa" einzig und allein in der l. 1, 3 D. h. t. vor, alle anderen uns erhaltenen Definitionen haben dieses Beiwort für contrectatio nicht. Es ist darum auch nicht zu verwundern, wenn unter den Schriftstellern über die weitere Bedeutung des Wortes vielfach gestritten wird. Die verschiedenen Ansichten citiert u. a. Köstlin (S. 198 Anm. 8), der selbst der Meinung ist, dass fraudulosa nicht bloss die dolose, sondern auch die nicht gewaltsame Contrectatio zum Ausdruck bringe.

Fraus — wovon unser fraudulosus abgeleitet ist — wird in den Quellen in dreifacher Bedeutung gebraucht (vgl. Moll pag. 57): a) wird es im Gegensatze zu culpa verwandt und bedeutet hier dasselbe wie dolus z. B. in l. 1, 4 D. 38, 5: fraudis vel doli conscius; b) es drückt nicht so sehr die Gesinnung des Thäters aus, als den durch dessen Handeln einem anderen erwachsenen Nachteil: in fraudem creditorum, ne ea res ei fraudi sit c) wird der Pluralis „fraudes" gleich fallaciae gebraucht, um das hinterlistige, das betrügerische einer Handlung zu kennzeichnen.

Im Anschlusse an die zuerst erwähnte Bedeutung von fraus vertritt Wächter (R.-L. S. 359) die Ansicht, dass durch fraudulosus lediglich das Dolose zum Ausdrucke kommen soll und sonst weiter nichts; es könne also eine contrectatio fraudulosa auch gewaltsam stattfinden. „Denn das Requisit der contrectatio fraudulosa schliesst das Gewaltsame nicht aus;" dazu Anm. 29: „es bezeichnet eben überhaupt das dolose, quod fraude fit." Dieser Ansicht können wir nicht beistimmen; eine contrectatio fraudulosa schliesst unseres Erachtens alles Gewaltsame aus. Gemäss den Definitionen von Paulus, rec. sent. II. 31, 1, und derjenigen von Gajus (III. 195) und Sabinus (Gell. noct. att. XI. 18) war allerdings das Gewaltsame und somit auch die rapina mit einbegriffen, denn alle diese Definitionen verlangten nur ein dolo malo oder

invito domino contrectare. Es hat eben einen engeren und einen weiteren Begriff des furtum gegeben, ersterer ist in den Pandekten, letzterer in den zuletzt erwähnten Definitionen zum Ausdruck gekommen. Diese Erscheinung erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte der actio vi bonorum raptorum. Diese actio war ursprünglich gar nicht für den Fall des gewaltsamen Diebstahls eines Einzigen gegeben worden; entstanden in den Zeiten nach den Bürgerkriegen (im Jahre 70 unter dem Prätor Lucullus) bedrohte sie, um der allgemein gewordenen Unsicherheit abzuhelfen, das bandenmässige Stehlen, Plündern und Vernichten von fremdem Eigentum. Erst mit der Zeit, als die Klage für ihre ursprüngliche Bestimmung nicht mehr so notwendig war, wurde die actio vi bonorum raptorum auch auf den vom Einzelnen verübten gewaltsamen Diebstahl ausgedehnt. Bis dahin war man der rapina des Einzelnen mit Hilfe der Rechtsmittel, welche das furtum gewährte, entgegengetreten. Gleichwohl blieb auch späterhin die actio furti eine subsidiäre Klage für den Fall der rapina. „Denn da der Räuber, wenn gleich noch mehr, doch wenigstens eben so viel verschuldet als der Dieb, was war dem Standpunkte der Privatklage gemässer, als gegen ihn dem Verletzten auch die dieblichen Rechtsmittel zu gewähren?“ (Dollmann S. 15). „Darauf deuten klar die Ausdrücke wie raptor est fur improbior, raptor omnimodo (jedenfalls) furtum facit.“ (Dollmann. Anm. 39.)[1]) Wenn also auch stets die Möglichkeit gegeben war, einen Räuber als Dieb zu belangen, so war andererseits doch nicht jeder Dieb ein Räuber. Und dieser Gegensatz ist es, der in Nov. 134 cap. 13 gekennzeichnet werden soll: „Fures vero vocamus eos, qui clam et sine armis talia committunt;“ in dieser Stelle wird der Ausdruck „fraudulosa“ umschrieben, der Kaiser will sagen, dass die contrectatio ohne Gewalt ausgeführt worden sein müsse, wenn bloss furtum vorliegen soll.

Es schliesst das Wort „fraudulosa“ das Gewaltsame aus; wir sind nicht einverstanden mit der Ansicht Wächters, aber auch

[1]) „Raptor fur est putandus improbior.“ L. 2, 10 D. 47, 8 und ferner l. 80, 3 D. h. t. Ganz genau so in unserem modernen Strafrechte. „Wie jeder Raub einen Diebstahlsfall, so enthält auch jeder Raubvorsatz einen Diebstahlsvorsatz. Beide Verbrechen unterscheiden sich nur durch das Mittel der Besitzentwendung.“ (Binding S. 558.)

nicht mit derjenigen, welche Birnbaum auf Grund der zweiten Bedeutung von fraus entwickelt (S. 158, 159). Birnbaum gibt zu, dass das Dolose, was zum Wesen des furtum gehöre, nicht allein durch lucri faciendi gratia ausgedrückt werden könne, und diese Worte darum einer Ergänzung bedürfen, die in „fraudulosa" zu suchen sei. Aber nach seinem Dafürhalten drückt fraudulosa in unserer Definition mehr etwas objektives, als subjektives aus, es will mehr kennzeichnen den durch ein solch widerrechtliches Thun einem anderen zugefügten Schaden; es heisse „fraudulosa" hier so viel als „cum damno alterius, damnosa oder in fraudem facta".

Aber es wäre doch gewiss sehr sonderbar, wenn ein Paulus in der einen Definition ganz klar und bestimmt zum Wesen des furtum den dolus malus verlangte, und in einer zweiten dieses Erfordernis so gut wie fallen liesse. Denn der animus lucri faciendi ist an und für sich ganz farblos, enthält nichts culposes, auch nichts doloses und kommt bei tausend erlaubten Rechtsgeschäften vor. Soll der dolus malus nachdrücklich gekennzeichnet werden, so ist allein fraudulosus dazu geeignet in unserer Definition, und sucht man ihn irgendwo anders, so ist das verkehrt.

Auch Baron (Pandekten S. 530), der allerdings das Dolose in seiner Definition mit berücksichtigt, scheint mir fraudulosus mehr im Anschlusse an die zweite Bedeutung von fraus zu erklären. Er definiert nämlich das furtum dahin: „Ein Furtum (Entwendung, Dieberei) begeht nach römischem Rechte der, welcher dadurch, dass er sich an einer beweglichen Sache vergreift, absichtlich einen anderen beschädigt und sich einen Gewinn verschafft."

Die Definition ist inbezug auf fraudulosus eine Combination der ersten und zweiten Ansicht, die contrectatio muss nach Baron dolosa et damnosa sein. Meiner Meinung nach ist aber ein beschädigen eines anderen gar nicht notwendig zum Wesen des furtum; die Quellenbeispiele heben, so viel ich zu ersehen vermochte, auch gar nicht den Erfolg der Handlung nach dieser Richtung hin hervor.[1]) So sagt z. B. l. 54, 1 D. h. t. 47, 2 (Gajus):

„Eum, qui quod utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est."

[1]) Der Schluss von l. 71, 1 D. h. t. (Javolen) widerspricht unserer Ansicht nur scheinbar.

Leihe ich also das ausdrücklich meiner Person allein geliehene Buch des Titius dem X, so begehe ich ein furtum usus und es bleibt ein solches, auch wenn ich in der Lage bin, das Buch dem Titius pünktlich und unbeschädigt zurückzugeben. Es lassen sich gerade beim furtum usus eine Menge Fälle denken, bei denen überhaupt keine Schädigung des Berechtigten stattfindet.

Nachdem wir uns also gegenüber den zwei ersten Erklärungsweisen ablehnend verhalten, bleibt uns nur noch übrig, eine dritte und letzte zu betrachten, der wir glauben beistimmen zu müssen. Sie hat klar und bestimmt ausgesprochen Rein (pag. 314): „Die Contrectatio muss eine fraudulosa sein, im ganzen nämlich eine dolose, aber nicht eine gewaltsame, sondern eine listige, betrügerische Wegnahme, wie sich aus der eigentlichen Bedeutung des Wortes fraus ergibt, welches den dolus individualisiert, und nach einer speziellen Seite charakterisiert. Fraus ist gewissermassen eine Spezies des dolus, denn fraus kann nicht ohne dolus gedacht werden.“ Bis hierhin sind wir mit Rein ein und derselben Ansicht; nicht aber inbezug auf das darauf folgende. Rein glaubt nämlich, dass durch fraudulosus nicht bloss das dolose und nicht gewaltsame zum Ausdruck komme, sondern dass auch der Begriff der Heimlichkeit in diesem Worte enthalten sei. Auch Rosshirt (N. A. 79), Marezoll (S. 460), Unterholzner (S. 204) u. s. w. sind derselben Ansicht, auch sie verlangen, dass die contrectatio heimlich geschehen müsse, damit bloss furtum, nicht rapina vorhanden sei. Diese Ansicht stützt sich vorzüglich auf nov. 134 cap. 13: Fures vero vocamus eos, qui clam et sine armis talia committunt.

So, aus dem Zusammenhange gerissen, spricht diese Stelle allerdings sehr zu gunsten der genannten Auffassung. Liest man aber den gleich darauf folgenden Satz der Novelle, so wird klar, dass in dem ersten Satze ein Handeln bezeichnet werden soll, das im Gegensatze steht zu einem mit Gewalt und gewissermassen öffentlich verübten Delikte. „Qui enim violenter aliquem aggrediuntur, vel cum armis, vel sine armis, in domo, vel in via, vel in mari eos, poenas legibus statutas sustinere jubemus.“ Dass aber ein furtum, das in Gegenwart des Berechtigten, vor dessen Augen verübt wird, nicht notwendig violenter geschehen müsse, dass es zwischen einem violenter aggredi und einer contrectatio,

die clam geschieht, noch Mitteldinge gibt, die ebenfalls unter den Begriff des fraudulosus fallen können, ist klar.[1])

Es ist somit die contrectatio fraudulosa die absichtliche, nicht gewaltsame Anmassung (eines fremden Rechtes an einer körperlichen Sache) verübt im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit.

1) Vgl. auch Dollmann, S. 18 oben, ferner für diesen Abschnitt überhaupt Binding, S. 275, 276, 280.

§ 4.

Der animus lucri faciendi.

Ein weiteres wesentliches Erfordernis für das Vorhandensein des furtum usus ist der animus lucri faciendi. Es wird in der Definition von Paulus, l. 1, 3 D. h. t. 47, 2, nicht bloss der allgemeine strafrechtliche dolus verlangt, wie er schon genügend durch die Worte „contrectatio fraudulosa" gekennzeichnet wird, sondern es wird noch ein weiteres subjektives Moment gefordert, wodurch denn dieser dolus als ein qualifizierter erscheint. Diesen qualifizierten dolus, ausgedrückt in der Definition durch die Worte „fraudulosa" und „lucri faciendi gratia",[1]) nennen die Quellen an verschiedenen Stellen auch kurz animus furandi und affectus furandi. „Durch diesen Ausdruck wird nicht bloss der Dolus, wie Klien, S. 131, 330 glaubt, sondern dolus und animus lucri faciendi, also der ganze subjektive Thatbestand beim furtum (diebische Absicht) bezeichnet. S. l. 33. l. 43, § 5. 11. l. 52, 20 etc. D. h. t. 47, 2." (Wächter R. L. S. 368 Anm. 85).

In gewissen Definitionen von Paulus (rec. sent. II. 31, 1), Gajus (III. 195) wird der animus lucri faciendi nicht erwähnt, so auch nicht in der Institutionendefinition (§ 1. J. 4, 1); wir glauben, dass hier nur die hervorstechendsten Merkmale des furtum sollten ausgedrückt werden, und unser eben zu behandelndes Erfordernis als etwas selbstverständliches nicht mit aufgeführt wird.

Es wird mit dem Ausdrucke „lucri faciendi gratia" der Dolus dadurch näher charakterisiert, dass ein bestimmtes Motiv des Handelns verlangt wird, dass ein bestimmter Zweck verfolgt werden muss, nämlich der, einen Vermögensvorteil aus der Handlung zu ziehen.[2]) Hierdurch werden zunächst alle jene Handlungen aus-

1) Schon Sabinus (cf. Gell. noct. att. XI 18, 21) kennt das Requisit des animus lucri faciendi: „Qui alienum jacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur . . ." Demnach nicht richtig Hückel, S. 10.

2) Vergl. hierzu Berner S. 539, 540 und ganz bes. die Anm. auf S 540.

geschieden, die in einer Absicht erfolgen, welche jedweden Vermögensvorteil ausschliesst. Wenn also der Thäter aus reinem Mutwillen gehandelt hat, wenn auch fraudulos, so liegt kein furtum vor, es kann vorhanden sein damnum injuria datum, es kann aber auch bloss eine actio injuriarum oder sonst eine Klage begründet sein.[1]) So wird z. B. in l. 50, 4 D. h. t. (Ulpian) gerade dieser Mutwille dem animus lucri faciendi entgegengestellt.

> Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est; sed etsi non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitas esse lusus tam perniciosus; idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem." [2])

Ebenso liegt kein furtum vor, wenn der Handelnde durch sein Thun beabsichtigte, einem anderen Schaden zuzufügen, ohne selbst Gewinn daraus ziehen zu wollen. Vgl. l. 36 D. h. t. (Ulpian). Rate ich einem Sklaven zur Flucht, ohne selbst daran pekuniär interessiert zu sein, so ist das ein schlechter Rat, aber kein furtum. Sobald ich aber zur Flucht rate, damit der Sklave in die Hände meines Freundes Titius gelange, handle ich mit dem animus furandi und hafte als Anstifter resp. Gehilfe so gut wie der fur selbst. Ein weiterer Fall, bei welchem der Thäter es fast immer vermeidet, irgend welchen Vermögensvorteil zu erzielen, ist der, wenn er die Sache zwar fraudulos entwendet, aber auch sogleich vernichtet. (Eine von den wenigen Ausnahmen ist in gewissen Fällen die Vernichtung einer Urkunde.) In einem solchen Falle ist von einem furtum keine Rede, denn es fehlt an dem animus lucri faciendi. Vgl. l. 22 pr. D. h. t. (Paulus):

> „Si quid fur fregerit, aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, ejus nomine cum eo furti agere non potest."

---

1) „Adjiciunt, lucri faciendi gratia: quoniam fraudulenter contrectari res potest, et sine furto: ut faciunt, qui libidinis, contumeliae damni dandi causa contrectant: item qui .... contrectant dolo malo, non tamen furtum faciunt." Matthaeus, pag. 41, vgl. auch Binding, S. 369.

2) Wenn Ullmann (S. 15) meint, es bestehe in dieser Stelle ein Gegensatz zwischen dolus malus und animus furandi, so ist dieses ein Irrtum, der lediglich durch Ullmanns falsche Übersetzung der Stelle verschuldet wird.

Es werden auf diese Weise eine Reihe von Deliktshandlungen, weil ihnen das Requisit des animus lucri faciendi abgeht, aus dem immerhin noch umfangreichen Gebiete des furtum ausgeschieden. Andererseits ist zum Vorhandensein des furtum nicht erforderlich, dass eine positive Vermögensvermehrung stattgefunden hat, die Handlung also in gewinnsüchtiger Absicht vollführt wurde. Auch der begeht ein furtum, „wer Ess- oder Trinkwaren, bloss um sie zu naschen und gleich zu geniessen, oder wer Sachen, um sie sofort zu verschenken, entwendet". (Wächter R. L. S. 368.) Es genügt, wenn der fur aus seiner Handlung irgend einen Vermögensvorteil erzielte, und die Quellen gehen hierbei so weit, dass sie selbst dann noch ein lucrum als vorhanden annehmen, wenn der fur die gestohlene Sache sogleich weiter gibt, um sie zu verschenken. Die Quellen erblicken sowohl hier, wie in dem Falle, dass der Commodatar eine Sache weiter verleiht, also ohne ein Entgelt zu erhalten, den Vermögensvorteil in dem *debitorem beneficii acquirere.*

> L. 54, 1 D. h. t. (Gajus). „Eum, qui quod utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet, furtum fieri, et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat, nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet."

Diese viel besprochene Stelle berücksichtigt zunächst einen Fall des furtum usus, nämlich den, dass der Usuar die Sache weiter verleiht, ein Commodat eingeht, zu dem er nicht berechtigt ist, aus dem er aber auch keine positive Vermögensmehrung erzielt, da ja das Commodat stets unentgeltlich ist. Gleichwohl wird ein lucrum angenommen, „species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere". Dieser Satz ist ein allgemeiner, der nicht bloss auf das furtum usus geht, wovon die Stelle ex professo handelt. Und um einen etwaigen Irrtum, als ob sich das Gesagte nicht auch auf den Substanzdiebstahl beziehe, auszuschliessen, fügt Gajus noch den Schlusssatz hinzu: unde et is furti

tenetur etc. Dass deshalb die Ansicht derjenigen, welche den animus furandi identisch betrachten mit animus rem sibi habendi, eine falsche ist, geht deutlich aus dieser Stelle hervor.[1])

Es ist also ein Motiv beim Handeln, das benützt wird, um unser furtum von anderen verwandten Delikten zu scheiden; es ist das Motiv gewählt, das in der Regel auch bei allen Entwendungen vorzuliegen pflegt. Aber gerade indem man verlangte, dass der Thäter den Zweck, ein lucrum zu machen, verfolgen müsse, und dass, wenn ein anderer Zweck verfolgt wurde, ein anderes Delikt vorlag, verlangte man den Beweis eines im Inneren des Menschen vor sich gehenden Aktes, einen Beweis, der so gut wie gar nicht zu erbringen war.[2]) Es haben darum die meisten römischen Juristen das Requisit des animus lucri faciendi dahin verstanden und ausgelegt, dass der Thäter durch seine Handlung einen Vermögensvorteil erlangen müsse, der von ihm vorauszusehen war; dass also das furtum auch vorhanden sei, wenn mit einem ganz anderen Endzwecke hierbei gehandelt worden war. (Vgl. Landsberg S. 53 ff.)

> L. 82, 2 D. h. t. (Paulus): „Qui ancillam non meretricem libidinis causa surripuit, furti actione tenebitur."

Der Thäter hat hierbei libidinis causa gehandelt, das war sein Endzweck, das ihn leitende Motiv, aber er hat hierbei auch einen Vermögensvorteil realisiert, der vorauszusehen war; er hat nämlich die Ausgabe gespart, die er hätte machen müssen, um auf nicht rechtswidrige Weise vom dominus ancillae die betr. Sklavin zur Befriedigung seiner Wollust zu erhalten. Mit dieser Stelle steht nun die l. 52, 20 D. h. t. (Ulpian) in Widerspruch:

> „Si quis asinum meum coegisset, et in equas suas τῆς γονῆς (geniturae) duntaxat χάριν (gratia)

[1]) Ein Vertreter der entgegengesetzten Ansicht ist Temme, S. 101. Unserer Ansicht ist u. a. Binding, Anm. 784 a. E.

[2]) Zu welchen Unannehmlichkeiten und Zweifeln es in der Praxis führt, wenn die Existenz von Rechtsgeschäften von inneren, psychologischen Vorgängen abhängig gemacht wird, das hat u. a. auch der bekannte § 271, 1 unseres H. G. B. gezeigt.

admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit."

Es ist sich hier der Handelnde klar bewusst, dass ihm aus seiner Handlung ein Vermögensvorteil erwachsen werde, und dennoch soll das furtum usus nur dann vorliegen, wenn der Betreffende mit dem animus furandi gehandelt hat, wenn er also seine Stuten in der Absicht belegen liess, damit er hierdurch einen Gewinn erziele. Noch schärfer und bestimmter verlangt Ulpian in der l. 39 D. h. t., die in offenem Widerspruche mit der eben cit. l. 82, 2 von Paulus steht, dass der Endzweck des Handelnden der sein müsse, ein lucrum zu machen, dass, wer libidinis causa gehandelt, kein furtum habe begehen können, „nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi.[1])

Gerade aus der zuletzt citierten Stelle Ulpians im Vergleiche mit l. 82, 2 cit. (und ferner auch mit rec. sent. II. 31, 11) geht deutlich hervor, dass die römischen Juristen nicht in gleich scharfer Weise das Erfordernis des animus lucri faciendi vertraten, dass hier unter ihnen Meinungsverschiedenheiten herrschten. In ganz consequenter und bestimmter Weise scheint nur Ulpian vorgegangen zu sein, und seine Resultate sind keineswegs zu billigen; so sicherlich nicht in l. 52, 20 D. h. t. und verschiedenen anderen Stellen, in denen Ulpian eine fast unmögliche Beweisführung verlangt. Wir werden uns darum richtiger der Ansicht von Paulus, Pomponius und Gajus anschliessen, die das Erfordernis schon als vorhanden annehmen, wenn durch die Handlung ein Vermögensvorteil realisiert wird, der von vorneherein zu erkennen war. Andererseits liegt nach der Ansicht der genannten Juristen kein furtum vor, wenn es an einem animus lucri faciendi offenbar fehlt, wie in den Fällen, wo der Thäter handelt, um einem anderen zu schaden, ihn zu kränken oder aber um von dem anderen eine Handlung

1) Ullmann (S. 18 u.) freilich bemerkt zu diesen Worten Ulpians: „Ulpian stellt hier den allgemeinen Grundsatz strafrechtlicher Zurechnung auf, nach welchem die That nicht nach ihrer äusseren Qualität, sondern vom Gesichtspunkte des Handelnden aus, in dessen Willen sie ihren Ursprung hat, zu beurteilen ist; auf den Bewegungsgrund des Willens (die causa faciendi) müsse bei Beurteilung einer Handlung zurückgegangen werden." Diese Auslassung Ullmanns passt unseres Erachtens ebenso gut auf die Ansicht des Paulus u. s. w., was Ulpian verlangt geht weiter als Ullmann meint.

zu erzwingen, die er unter anderen Umständen nicht gethan haben würde, also im Falle der Selbsthilfe.

Wir glauben im übrigen Wächter (R. L. S. 307) Recht geben zu müssen, wenn er vom animus lucri faciendi behauptet, derselbe sei „nicht streng wörtlich zu nehmen und seine Bedeutung sei mehr eine negative". Denn der eigentliche Zweck des Erfordernisses scheint der gewesen zu sein, das furtum in seinem weiten Umfange von der Sachbeschädigung, die meist aus einem ganz anderen Motiv erfolgt, zu scheiden. Gewiss hatte man schon verschiedene Unterscheidungsmerkmale, das damnum injuria datum konnte culpos, das furtum nur dolos begangen werden, ersteres auch an Immobilien, letzteres nur an Mobilien u. s. w., gleichwohl mussten zahlreiche Fälle auftauchen, wo es sich um eine Scheidung beider Delikte handelte. Diese Scheidung wurde unternommen, indem man das trennende Merkmal im Motive fand, beim furtum im animus lucri faciendi oder furandi, beim damnum injuria datum im animus nocendi.[1])

Manchmal mag es hierbei schwierig gewesen sein zu scheiden, ob ein furtum vorliege oder nicht. Ein in dieser Hinsicht sehr interessantes Beispiel bietet die l. 14, 2 D. de praeser. verb. 19, 5.

> „Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum scripsit, neque furti neque damni injuriae actionem esse, in factum tamen agendum." (Ulpian.)

Es wird in dieser Stelle vorausgesetzt, dass der Pokal vorher entwendet worden war. Der betr. Thäter kann also innerlich vielleicht die diebische Absicht gehegt haben, aber aus der blossen Wegnahme des Pokales wird noch nicht darauf geschlossen, dass ein furtum vorliege. Erst nachdem man weiss, was der Thäter mit dem Gegenstande anfängt, er benutzt denselben nicht, verkauft ihn auch nicht, sondern wirft ihn ins Meer, erscheint der animus

[1]) Rein (S. 294 Anm.) sagt mit Rücksicht darauf, dass schon Sabinus dieses Requisit kannte, vom animus lucri faciendi: „Dieses Erfordernis ist uralt und niemals kann Beschädigung des Eigentumes (damnum injuria datum sine lucri animo) zum furtum gerechnet worden sein."

lucri faciendi als gänzlich ausgeschlossen, und darum erkennt der Jurist dahin, dass kein furtum vorliege.

Fassen wir also das bisher Gesagte zusammen, so liegt kein furtum, natürlich auch kein furtum usus vor, wenn der Handelnde bloss eine Beschädigung, Kränkung des Gegners beabsichtigte, oder wenn er zum Zwecke der Selbsthilfe handelte. Es ist immer erforderlich ein animus lucri faciendi, d. h. die erkennbare Absicht, irgend einen Vermögensvorteil aus der Handlung zu erlangen, sei derselbe auch noch so minimal, bestehe derselbe auch nur in dem acquirere debitorem beneficii.

§ 5.

Das Objekt der Handlung.

Das Objekt der Handlung muss stets eine bewegliche Sache sein. Zwar verlangt die Legaldefinition nur eine contrectatio rei, aber aus verschiedenen anderen Stellen geht zur Genüge hervor, dass eine res immobilis nicht Gegenstand eines furtum sein kann. So sagt l. 25 pr. D. h. t. (Ulpian):

„Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse."

Ebenso Gajus in l. 38 D. de usurp. et usucap.

„abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri."

Vergl. noch § 6. J. 2, 6 und Gaj. Instit. II. 51.

Wie schon aus den citierten Stellen ersichtlich ist, war in früherer Zeit die Ansicht vertreten worden, dass auch an Grundstücken ein furtum möglich sei. Besonders Sabinus hat dieser Auffassung gehuldigt, ohne aber viel Anklang zu finden, wie aus Gell. noct. att. XI. 18, 13 hervorgeht. Ebenso wenig wie ein furtum überhaupt an Immobilien begangen wird, kann ein furtum usus an solchen verübt werden, auch für dieses wird eine res mobilis als Objekt verlangt. Ganz haltlos ist die Begründung von Chr. Aug. Karthausius, der zwar nicht für das furtum rei ipsius, wohl aber für das furtum usus Immobilien als Objekt zulassen will. „Furtum usus, cum in conversione rei alienae in suos usus cernatur, etiam in rebus immobilibus locum habere non dubitamus affirmare." (III. S. 5.)[1] Eigentümlich ist es, dass nicht nur an Sklaven, sondern auch an freien Personen ein furtum begangen werden kann, so an Kindern, Frauen und gerichtlich zum Zwecke

[1] Vielfach wird diese Arbeit als von Schott herrührend citiert, so bei Wächter. Der wirkliche Titel lautet aber: de furto usus. Chr. Aug. Karthausius (Praeside D. A. F. Schott) Lipsiae 1775.

der Schuldhaft zugesprochenen Personen. (Gaj. III. 99.) Allerdings müssen dieselben in der potestas oder manus irgend jemandes stehen. Weiterhin ist es ganz gleichgiltig, ob die betr. Sache schon vorher beweglich war oder erst vom fur von einer unbeweglichen Sache getrennt wurde: l. 25, 2 D. h. t. (Ulpian): „Eorum, quae de fundo tolluntur, utputa arborum vel lapidum vel arenae vel fructuum, quos quis fraudandi animo decerpsit, furti agi posse, nulla dubitatio est.“ [1]) An einer zu einer hereditas jacens gehörigen Sache wird dagegen nur dann ein furtum begangen, wenn sie sich in der custodia dritter Personen befindet, die für sie zu haften haben, so in den Händen eines commodatars oder Pfandgläubigers. Wird dagegen die Sache der Erbschaft selbst entwendet, so liegt ein crimen expilatae hereditatis vor, für welches besondere Bestimmungen getroffen sind.[2])

Aber nicht alle Rechte, welche inbezug auf eine bewegliche Sache vorkommen können, sind Gegenstand einer Verletzung beim furtum, sondern lediglich folgende drei, die Sache unmittelbar ergreifende Rechte werden als Objekt bezeichnet: res ipsa = proprietas, possessio und usus. „Was die nähere Bestimmung des Umfanges des furtum betrifft, so geht das römische Recht von der Regel aus, dass durch die Handlung, wenn sie furtum sein soll, dominium (im weiteren Sinne) oder possessio verletzt sein müsse. Wo es weder das Eine noch das Andere ist, wird in der Regel das Dasein eines furtum und die Zulässigkeit der furti actio verneint.“ (Wächter. R. L. S. 356.)

Sobald eins der drei genannten Rechte verletzt ist, haben wir, die übrigen Merkmale natürlich vorausgesetzt, den Thatbestand des furtum. Hieraus ist auch ersichtlich, dass eins der drei Rechte verletzt werden kann vom Inhaber eines oder beider anderer

---

1) „Verbotene Sachen, z. B. verbotene Bücher, sollen nicht verkauft, oder sonst veräussert, sie sollen vernichtet werden. L. 4 § 1. D. de fam. erc. 10, 2. Aber dass ein Recht an ihnen nicht stattfinde, wie Windscheid Bd. 1, § 147 Anm. 6 annimmt, geht zu weit. Wer sie dem Besitzer diebischerweise wegnimmt, ist ein Dieb.“ Wir halten diese Ausführung von Dernburg, I. S. 158 Anm. 5, für richtig.

2) „Mit dem Zweifel, ob juristische Personen besitzen können, stand der Zweifel, ob ein furtum an ihren Objekten möglich sei, in Verbindung, l. 31 § 1. D. de furtis 47, 2.“ Dernburg, I. S. 153. Anm. 6.

Rechte, dass also z. B. der Eigentümer an seiner eigenen Sache einen bestehenden usus oder eine rechtlich begründete possessio verletzen und so ein furtum verüben kann. So auch Dollmann (S. 10): „Wenn es nun Verletzung dieser Rechte ist, als welche das furtum aufgefasst wird, so ist auch die Verletzung dieser Rechte allein genügend, dasselbe zu begründen, d. h. von der faktischen Lage der Sache wird völlig abstrahirt. Zum furtum wird nicht gefordert, dass Eigentum und Besitz, usus und Besitz, possessio und Detention verletzt werde."

Es mag zunächst eigentümlich erscheinen, dass nur der usus als Objekt in der Definition von Paulus genannt wird, nicht aber andere dingliche Rechte, wie Niessbrauch, Emphyteuse und Superficies. Die beiden letztgenannten jura in re aliena können aber darum nicht in Betracht kommen, da sie nur an Immobilien begründet werden können, an Immobiliarrechten aber, wie wir vorhin des näheren ausgeführt, ein furtum nicht begangen wird. Was den Niessbrauch anbetrifft, so löst sich derselbe auf in den usus einer Sache und das frui der Früchte; so weit nun ersteres verletzt wird, haben wir ein furtum usus, so weit letzteres, ein furtum rei ipsius. (Was das pignus betrifft vgl. Dollmann S. 4.)

Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal des furtum usus gegenüber dem furtum rei ipsius und possessionis liegt darin, dass hier der Thäter nur den usus einer Sache verletzt, ihn entweder ganz oder teilweise sich aneignet. Es wird hierbei der Ausdruck usus im allgemeinen in derselben Bedeutung gebraucht, wie auch sonst in den Quellen.[1]) Die Ansicht der älteren Theoretiker, dass unter dem usus nur ein beschränkter usus fructus zu verstehen sei, das Recht der Nutzung unter Beschränkung auf den unumgänglichen Bedarf, die „Notdurft", findet gerade beim furtum usus eine glänzende Widerlegung. Die rechtswidrige Benutzung einer Sache kann weit über die Grenze der blossen „Notdurft" hinausgehen, bleibt aber immer nur furtum usus. Dagegen die Aneignung von Früchten einer Sache, wenn sie auch bloss zur Befriedigung der „Notdurft" geschieht, ist niemals furtum usus, sondern stets furtum rei ipsius. Wir schliessen uns hier inbezug auf den Umfang des

[1]) „Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne sich die Früchte derselben anzueignen." (Windscheid. I. Bd. S. 709. 6. Aufl.)

Benutzungsrechtes von seiten des Usuars ganz folgenden Worten von Thibaut (S. 39) an, der mit Rücksicht auf eine Reihe von Quellenstellen sagt: „Überall wird hier, ohne alle Einschränkungen dem Usuar das Recht auf eine ausschliessliche Benutzung der Sache zur Befriedigung seiner sämtlichen Bedürfnisse (sie seien vernünftig oder unvernünftig, gemacht oder natürlich, notwendig oder nicht) eingeräumt; kein Wort von einer Beschränkung auf die Notdurft, unumgänglichen Bedarf u. dgl.“

Auf Grund der l. 12, 2 D 7, 8 findet bei letztwilligen Verfügungen, durch welche ein usus an einer Sache vermacht ist, eine benigna interpretatio statt, der zufolge dem Usuar in gewisser Weise auch ein Fruchtgenuss zu gestatten ist. Aber schon die Schlussworte dieser Stelle beweisen, dass sich dieses lediglich auf solchen usus bezog, der letztwillig vermacht war: „neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum“. Wenn also auch gemäss l. 12, 2 cit. dem Usuar gestattet wird die Herde nicht bloss ad stercorandum zu benutzen, wie es gemäss dem engeren Begriffe des Usus der Fall wäre, sondern ihm von Ulpian noch ein modicum lac zugesprochen wird, so können wir in unserem Falle dem usus keine derartige Ausdehnung geben, da ja keinerlei letztwillige Verfügung bei einem furtum usus in Betracht kommt. Hören wir wieder, was Thibaut inbezug auf die allegierte Stelle sagt: „Was den Sinn dieses Gesetzes betrifft, so ist fürs erste so viel offenbar, dass Labeo dem Usuar abermals unbedingt die Befugnis, das Vieh ad stercorandum zu gebrauchen, zugesteht. Dagegen versagt er aber demselben ebenso unbedingt den Genuss der Früchte . . . . Ulpian will demselben freilich etwas Milch vergönnen, aber doch nur, weil ein letzter Wille nicht strikt zu interpretiren sei. Gesetzt also ich verkaufe jemand den usus einer Herde? Hier ist die Auslegung wider den Usuar zu machen, mithin kann er in diesem Falle durchaus keinen Anspruch auf das modicum lactis machen.“ (Thibaut S. 40.) Benutzt also derjenige, dem der usus einer Schafherde vermietet oder commodiert ist, dieselbe zum Zwecke der Milchgewinnung, so begeht er ein furtum usus. Blosse Benutzung einer Sache ist demnach immer nur furtum usus, jedwede Aneignung von Früchten, auch einer res minima, ist furtum rei ipsius.

Häufig kann es zweifelhaft sein, ob ein Gebrauchen oder ein Verbrauchen stattgefunden, ob also ein usus angemasst worden ist oder aber die Substanz. Im allgemeinen werden wir sagen müssen, dass bei der contrectatio einer res quae usu consumitur, bei der also gebrauchen und verbrauchen zusammenfällt, immer ein furtum rei ipsius vorliegt. Dieses ist auch dann anzunehmen, wenn der Betreffende beim Gebrauchen die feste Absicht hat, die Sache zu restituieren. „Verbraucht derjenige, welchem Sachen zur Verwaltung und Aufbewahrung anvertraut sind, dieselben, so begeht er, selbst wenn er die Absicht des Ersatzes haben sollte, kein furtum usus, sondern ipsius rei. Denn im Verbrauchen liegt eine Aneignung der Sache.“ (Wächter. R. L. S. 364. Anm. 56.)[1])

Dass jedoch auch an Consumptibilien ein furtum usus begangen werden kann, hat meiner Ansicht nach Hückel (S. 28) überzeugend dargethan. Er sagt: „Wenn der fur allerdings vom Gelde widerrechtlich seinen bestimmungsgemässen Gebrauch machen, d. h. dasselbe ausgeben will, so liegt ein furtum rei vor. . . . . Wenn aber Geld zu einem beliebigen anderen Gebrauche entwendet wird, z. B. um seinen Gehalt an Edelmetall oder sein Gewicht zu prüfen, so kann es sich doch um nichts anderes handeln, als um ein furtum usus.“ Allerdings gibt auch er zu, dass ein furtum usus an Consumptibilien sehr selten ist. Ein weiterer Fall dürfte wohl der sein, wenn ein Geldwechsler eine Summe ausländischen Geldes, welches ihm in Verwahr gegeben worden ist, unbefugt als Schaumünzen im Fenster seines Geschäftslokales verwendet.[2])

Schon viel häufiger wird der Fall eines furtum usus bei Fungibilien eintreten, wo er leicht möglich ist. Denn keineswegs hat Klien mit seiner Behauptung (S. 120) Recht, dass das furtum usus jederzeit „eine nicht fungible Sache“ verlange. Das Beispiel, das

[1]) Wie Karthausius (S. 5) die l. 54 pr. D. h t. 47, 2 dahin verstehen kann, dass ein furtum usus, nicht furtum rei ipsius vorliege, wenn der Pfandgläubiger trotz nicht bestehender Antichrese die Früchte behält, ist mir ein Rätsel.

[2]) L. 3, 6 D. 13, 6 (Ulp.): „non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.“ Wer also ohne vorhergegangenes Commodat Sachen rechtswidrig zu diesen Zwecken verwendet, begeht ein furtum usus. Es bedarf somit auch die Auslassung Ullmanns (S. 73 u.) der Berichtigung.

er zur Begründung bringt, handelt allerdings nicht vom furtum usus; aber nicht deshalb, weil die Sache eine fungible ist, sondern weil der Betreffende eine Unterschlagung, eine Anmassung der Substanz vollführt, ist furtum rei ipsius vorhanden. (Vergl. die oben cit. Auslassung Wächters, R. L. Anm. 56.)

Weshalb soll auch nicht ein furtum usus an einer Bibliothek, an Büchern begangen werden können? Das Dienstmädchen benutzt Strümpfe, Weisswaren etc. der Herrschaft, um dieselben nach einiger Zeit, vielleicht wenn die eigenen Sachen wieder gewaschen sind, an den alten Platz zu legen. Die vom Freunde Titius bei mir deponierten Inhaberpapiere gebe ich unbefugter Weise als Pfand für ein empfangenes Darlehen meinem Gläubiger; vor der Rückkehr des Titius, der eine Reise unternommen, hoffe ich das Darlehen zurückzuzahlen und so das Pfandobjekt wieder zu erlangen.[1]) Wir haben es hier mit einem furtum usus zu thun, begangen an Fungibilien. Es kann auch unter Umständen schwierig sein zu scheiden, ob ein furtum usus oder aber ein furtum rei ipsius vorliegt, z. B. das Dienstmädchen trägt schon längere Zeit Sachen der Herrschaft, wir dürfen aber hier niemals ohne weiteres auf furtum rei ipsius erkennen und die Möglichkeit einer blossen Gebrauchsanmassung von der Hand weisen. Ganz richtig sagt Ullmann, S. 73 oben: „Dagegen wird Diebstahl (furtum rei ipsius) unerachtet der Fungibilität der Sache ausgeschlossen, wenn die Wegnahme mit der Absicht erfolgte, die Sache in eadem specie zurückzugeben." Wie sehr man sich überhaupt hüten muss vor einer etwaigen Präsumtion des Diebstahls, furtum rei ipsius, erhellt aus den Ausführungen von Rotering im Gerichtssaal, XXXVI (1884) S. 570.

---

[1]) „Der richtigeren Ansicht nach ist nicht schlechthin in der Verpfändung einer fremden im Gewahrsam des Verpfänders befindlichen Sache der Thatbestand einer Unterschlagung zu befinden, indem damit nicht ohne Weiteres constatiert ist, dass der Verpfänder dem Eigentümer die Sache hat entziehen und sich zueignen wollen. Eine rechtswidrige Zueignung ist vielmehr alsdann nicht anzunehmen, wenn der Verpfänder die Absicht hatte, die Sache wieder einzulösen, indem alsdann nur ein unbefugter, aber nicht strafbarer Gebrauch der Sache" (d. h. furtum usus, nicht rei ipsius) „vorhanden ist". Gerichtssaal XXVII (1875) S. 225 u. 226.

Betrachten wir die im corpus juris vorkommenden Fälle eines furtum usus genauer, so lassen sich dieselben folgendermassen gruppieren. Ein furtum usus wird begangen:

1. Durch Hinwegnahme einer beweglichen Sache aus fremdem Gewahrsam, um sich den usus derselben anzumassen. L. 14 D. commod. 13, 6 (Ulpian). L. 52, 20 D. h. t 47, 2 (Ulpian).
2. Durch Anmassung eines usus an einer fremden beweglichen Sache, die schon vorher in der Detention des Thäters sich befindet §§ 6. 7. 8. J. h. t. 4, 1 (= Gajus III. 196—198); l. 15 D. de cond. causa data c. n. s. 12, 4 (Pomponius. Proculus); l. 16 D. de cond. furt. 13, 1 (Pomponius); l. 5, 8 D. commod. 13, 6 (Ulp.); l. 40 (Paulus), l. 48, 4 (Ulpian), l. 54 pr. § 1 (Gajus), l. 71 pr. (Javolen), l. 76 pr. (Pompon.), l. 82 pr. (= Paul. rec. sent. II. 31, 29—32) D. h. t. 47, 2; l. 3 C. depos. 4, 34 (Gordian).
3. Durch Entwendung der Sache einem berechtigten Usuar gegenüber und zwar
   a) durch einen dritten: l. 46, 1 D. h. t. 47, 2 (Ulpian), l. 68. l. 69 D. eod. (Marcellus. Scaevola);
   b) durch den Eigentümer der Sache, l. 15, 1 D. h. t. 47, 2 (Paulus).
4. Dadurch, dass der Eigentümer den vertragsmässig bestellten usus vereitelt, indem er vor erfolgter Tradition der Sache dieselbe verkauft. Im Anschlusse und analog l. 66. pr. D. h. t. 47, 2 (Paulus) [die Stelle selbst handelt vom furtum possessionis]. Vgl. Bachem, S. 19.

Wie wir oben ausgeführt, genügt die blosse Verletzung des usus, falls auch die übrigen Requisite vorhanden sind, zur Existenz eines furtum usus. Es ist hierbei ganz gleichgiltig, in welcher thatsächlichen Lage sich die Sache zur Zeit der rechtswidrigen Handlung befunden, ob sie in fremdem, ob in keinem oder aber in des Thäters Besitz war.[1]) Aus den oben aufgezählten Quellen-

[1]) Um den Satz „furtum hereditatis non fieri" zu begründen, gibt Scaevola in l. 1, 15 D. 47, 4 (Ulpian) folgende eigentümliche Erklärung: „Scaevola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri; idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi." Dieser Erklärungsversuch steht aber in Widerspruch mit anderen Quellenstellen, die besagen, dass für die Existenz des

stellen geht aber hervor, dass die römischen Juristen hauptsächlich den Fall eines furtum usus ins Auge fassten, wo der Thäter infolge eines Contraktes schon im Besitze der Sache war. Es ist dieses eben praktisch der am häufigsten vorkommende Fall. Aber es ist deshalb keineswegs richtig, die Möglichkeit eines furtum usus für den Fall bestreiten zu wollen, wo kein Contrakt voraufgegangen ist.[1])

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Klien; nach ihm (S. 177) muss der fur vorher die Detention der Sache in erlaubter Weise erlangt haben; „denn es ergibt sich . . . . dass das furtum usus auf seiten desjenigen, welcher es begeht, eine vorher erlaubterweise erlangte Detention der Sache, an welcher es verübt wird, voraussetzt." Vergl. ebendaselbst S. 120, 126, 179. Auch Luden ist Anhänger der von uns verworfenen Ansicht: „furtum usus detentionis est abusus. Quod ut fieri possit, fur eius rei, cuius furtum committit, detentionem justam autea adeptus sit, necesse est." Luden 26, 27. Die Begründung Ludens für seine Ansicht (in Anm. 47) im Gegensatze zu Wächter ist nicht richtig, weil es wohl auf die Absicht des fur bei seiner Handlung ankommt, ja, wie wir oben gezeigt haben, man immer noch zusehen muss, in welcher Weise die sonst nicht erkennbare Absicht des fur sich in seinem späteren Handeln verrät.[2]) Die von uns vertretene Meinung rechtfertigt sich schon einmal aus dem einfachen Grunde, dass ein furtum, bei welchem es dem Thäter gar nicht um die Sache selbst, auch nicht um deren Besitz zu thun ist, unmöglich

---

furtum nur erforderlich ist, dass die Sache einen dominus habe, ob derselbe aber besitze, ob die Sache überhaupt in jemandes Besitz sei, unwesentlich ist. Vgl. l. 43, 11. D. 47, 2. Im übrigen glaube ich mich der Ansicht von Binding (S. 287 Anm. 364) anschliessen zu dürfen, der sowohl aus der eben cit. Stelle wie aus l. 43, 10 D. 47, 2 eine von der älteren röm. Jurisprudenz vertretene, später aber aufgegebene Ansicht herausliest, „wonach an unbesessenen Sachen ein furtum nicht möglich ist". Anders erklärt die l. 1, 15 D. cit. Dernburg, III. S. 108. Anm. 4.

[1]) „Keineswegs ist zu diesem furtum erforderlich, dass die Sache dem fur vorher durch einen Contrakt (Depositum, Commodat u. dergl.) anvertraut war. Auch das eigenmächtige Hinwegnehmen einer fremden Sache bloss, um sie zu gebrauchen (nicht um sie zu verbrauchen) . . . . ist furtum usus."

[2]) Siehe ferner Grolmann, S 187 n. a., furtum usus, „widerrechtlicher Gebrauch einer auf fremden Namen besessenen Sache".

zum furtum rei ipsius zu zählen ist. Nicht das ist ausschlaggebend, dass dem Verletzten die Sache selbst entzogen ist, wenn auch nur für einige Zeit, nein, das römische Recht stellt sich hier ganz und gar auf den Standpunkt des Thäters, was hat dieser beabsichtigt und darnach wird die Entscheidung gefällt. Gerade das tägliche Leben bietet eine Reihe von Beispielen, wo der Thäter immer nur einen unbefugten Gebrauch sich gestattet, ohne die geringste Neigung zu haben, die Sache selbst zu behalten. An einem Hause steht ein Fahrrad, ich benutze dasselbe, während der Eigentümer im Hause weilt, und stelle es nach einer Stunde wieder an seinen Platz. Am Ufer finden wir einen Kahn angekettet, wir binden ihn los, machen mit ihm eine Spazierfahrt, um ihn nacher wieder festzubinden. Es fährt jemand ohne Fahrkarte mit der Eisenbahn. Das Mädchen benutzt die Garderobe der Herrschaft, um sich zum bevorstehenden Tanze zu putzen und hängt nach genossenem Vergnügen die Kleider wieder in den Schrank. In allen diesen Fällen liegt ein furtum usus vor, von einem Substanzdiebstahl oder einem furtum possessionis kann gar keine Rede sein.

Auch in den Quellen finden sich zwei Beispiele, die ganz deutlich bekunden, dass ein furtum usus wohl begangen werden kann, ohne dass vorher in rechtlich erlaubter Weise eine Detention begründet worden ist. Die l. 52, 20 D. h. t. 47, 2 (Ulpian) behandelt den Fall, dass ein Unberechtigter seine Stuten durch einen fremden Esel belegen lässt. Falls der Thäter furandi animo gehandelt, soll er wegen furtum (usus) belangt werden können. Es ist hier offenbar von einem furtum usus die Rede; aber nirgends ist in der Stelle von einem voraufgegangenen Contrakte die Rede, derselbe scheint mir ganz ausgeschlossen zu sein durch die Schlussworte: furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus in factum agendum; andernfalls hätte der Jurist doch wohl auf die Contraktsklage verwiesen. Noch deutlicher spricht für unsere Ansicht die l. 14 D. commod. 13, 6 (Ulpian):

> „Sie servus meus rem meam tibi scienti, nolle me tibi commodari, commodaverit, et commodati, et furti nascitur actio, et praeterea condictio ex causa furtiva."

Hier hat offenbar kein Commodat, kein Vertrag zwischen dem dominus rei und dem fur stattgefunden. Der Thäter weiss aus-

drücklich, dass der betreffende dominus nichts mit ihm zu thun haben will; dass ihm der Sklave die Sache übergibt, ändert an der ganzen Situation nichts. Der Betreffende ist also nicht in rechtlich erlaubter Weise in den Besitz der Sache gelangt, und doch liegt ein furtum usus vor. Es ist also für das Bestehen eines furtum usus gleichgiltig, ob der Thäter zu diesem Zwecke die Sache erst aus fremder Detention bringen muss, oder aber ob er schon vorher dieselbe in erlaubter Weise inne hatte.

Unter den Stellen der zweiten Gruppe sind von ganz besonderem Interesse die wenn auch wenigen, so doch praktisch sehr wichtigen Worte der l. 54 pr. D. h. t. 47, 2 (Gajus): „Si pignore creditor utatur, furti tenetur."

Ist einem Pfandgläubiger ein Objekt übergeben worden, das gemäss seiner wirtschaftlichen Bestimmung einen ökonomischen Ertrag zu liefern pflegt, so hat in dubio der Gläubiger sogar die Pflicht, die Nutzungen zu gewinnen; hier gilt also gewissermassen das umgekehrte des eben citierten Satzes. Ganz anders aber steht es mit Objekten, die zum persönlichen Gebrauche des Verpfänders, nicht zum Geldertrage dienen, z. B. Kleider, Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr und sein Schmuck. Diese darf der Pfandgläubiger ohne ausdrückliche Genehmigung des Verpfänders nicht in persönlichen Gebrauch nehmen, auch nicht vermieten, verleihen etc. Handelt der Gläubiger hiergegen, so begeht er ein furtum usus, ohne dass ein ausdrückliches Verbot vorzuliegen braucht, sein animus furandi ergibt sich aus der Natur der Sache (vergl. Dernburg I. S. 669). Ein hierher gehöriges Beispiel gibt v. Jherings Jurisprudenz d. tägl. Lebens (VII) S. 76: Der Leihhausdiener hat in Ermangelung eines eigenen Winterüberziehers einen versetzten in Gebrauch genommen.

Auf Grund der Schlussworte von l. 15 D. de cond. causa data c. n. s. 12, 4 (Pomponius) begeht jeder ein furtum usus, der „re aliena ita sit usus, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse". Bei dieser Gelegenheit können wir die bekannte, schon oben (Anm. 39) berührte Frage des näheren erörtern „ob und unter welchen Umständen die Verpfändung einer fremden Sache sich als Zueignungsakt kennzeichnet". Wir folgen hierbei den Ausführungen von Rotering, der über diese für unser heutiges Strafrecht bedeutsame Frage eine gründliche

Untersuchung veranstaltet. (Gerichtssaal, XXXVI 1884 S. 561 ff.) Zunächst entscheidet die Absicht des Verpfänders. Hat dieser die fremde Sache, welche er schon inne hatte — aber auch der Fall ist nicht ausgeschlossen, dass er die Sache lediglich zum Zwecke des Verpfändens entwendet, um sie dann später zurückzugeben — verpfändet in der festen Voraussetzung, demnächst das Pfand freimachen zu können und wieder zu erlangen, so liegt in dieser vorübergehenden Verpfändung des fremden Eigentumsobjektes kein furtum rei ipsius, denn jedweder animus rem sibi habendi fehlt; es ist nur gegeben ein unberechtigter, „vorübergehender Gebrauch der Sache", also ein furtum usus. (So auch ein Erk. d. O. A. G.'s Dresden v. 23. März 1877.) Dagegen liegt nach heutigem Rechte Diebstahl vor, die Erfordernisse des § 242 des Str.-G.-B. sind erfüllt, nach römischen Rechte liegt furtum rei ipsius vor, wenn der Betreffende die Sache entwendet in der Absicht, dieselbe sofort als Pfand hinzugeben, „sie ruhig zum Verkaufe kommen zu lassen". Der für die Unterschlagung erforderliche dolus, also wiederum im römischen Rechte furtum rei ipsius, ist ferner schon dann gegeben, wenn der Commodatar, Depositar etc. die detinierte Sache als Pfand hingibt, und dabei auch nur mit dem Bewusstsein handelt, „es könne nach seiner Vermögenslage doch möglicherweise einmal zum Verkaufe kommen. Dieser ist dann eventuell genehmigt." Es kann also durch die Verpfändung einer fremden Sache ein furtum usus begründet sein, unter Umständen aber auch ein furtum rei ipsius, resp. nach heutigem Rechte, strafrechtlich, Unterschlagung oder Diebstahl.[1])

Wenn wir im übrigen die citierten Stellen der zweiten Gruppe näher betrachten, so handeln fast alle von dem Falle, dass der berechtigte Usuar die Grenzen des ihm verstatteten Gebrauches überschreitet oder anderen widerrechtlich die Sache zum Gebrauche einräumt: Der Commodatar führt das Vieh weiter, als ihm gestattet ist, oder er überschreitet in anderer Weise den eingeräumten Gebrauch, z. B. das Pferd ist zum Reiten geliehen, der Commodatar benutzt es als Ackergaul (l. 40); er verleiht die Sache weiter (l. 48, 4); Flickschneider und Walker gebrauchen die ihnen

[1]) Das Nähere siehe Gerichtssaal XXXVI, S. 561—564, wo auch die einschlägige Litteratur angegeben ist.

zur Reparatur übergebenen Kleidungsstücke selbst (l. 82 pr.). Die betreffende Handlung muss aber stets, wie wir schon oben des näheren ausgeführt, furandi animo verübt sein; es muss eine contrectatio fraudulosa vorliegen, denn sonst haben wir nur eine Contraktsverletzung; vergl. l. 76, pr. D. h. t. 47, 2.[1])

Ein furtum usus wird aber nicht nur begangen, wenn der usus des Eigentümers der Sache verletzt wird, auch gegenüber einem berechtigten Usuar, der nicht Eigentümer ist, kann das Delikt verübt werden. So liegt gemäss l. 68 D. h. t. ein furtum usus vor, wenn dem Commodatar eines Gegenstandes aus einer Erbschaftsmasse diese Sache entwendet wird; derselbe wird dadurch um die Ausübung seines Rechtes gebracht. Auch die l. 69 D. h. t. handelt von unserem Falle; nach ihr wird auch gegenüber dem, der einen Niessbrauch an einem Erbschaftsgegenstande hat, ein furtum verübt. Dieses furtum kann sich auflösen in ein furtum rei ipsius und ein furtum usus, so dass je nach dem Falle reale oder ideale Concurrenz vorliegt. Unter gewissen Umständen aber haben wir hier nur ein furtum usus, verübt gegenüber dem Niessbrauchsberechtigten; nämlich dann, wenn sein Niessbrauch lediglich in einem Benutzen der Sache besteht, von Früchten aber überhaupt keine Rede sein kann. So besteht ja in dubio der Niessbrauch an einer Bibliothek in der Befugnis, die Bücher zum Lesen, Studieren zu benutzen, meist ist der Fall ausgeschlossen, dass sie auch als Leihbibliothek verwandt und Geldquelle werden soll. Wird also in einem solchen Falle die Bibliothek dem Niessbraucher entwendet, so wird ihm gegenüber ein furtum usus verübt. In der l. 46, 1 D. h. t. ist ein derartiger Fall ganz genau behandelt. Eigentliche Früchte wirft der Sklave nicht ab, der usus fructus an ihm besteht vielmehr in den operae, die er dem Niessbrauchsberechtigten leisten kann. Die citierte lex sagt nun: „Sie servus fructuarius surreptus est, uterque, et qui fruebatur, et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium; fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit ejus, furtum factum non esse etc.“

[1]) Cavendum est, ne quaecunque hujusmodi contractus laesio furtum usus habeatur. Ut furtum efficiatur, injustus semper lucri faciendi animus adsit, necesse est.“ Luden. Anm. 66.

Worin diese fructus des fructuarius bestehen, dass es keine fructus naturales sind, haben wir ausgeführt; es klagt eben der eine wegen Verletzung des ihm zustehenden usus, der andere wegen Verletzung der nuda proprietas.

Ein furtum usus kann schliesslich vom Eigentümer der Sache selbst verübt werden, nämlich dann, wenn er dem berechtigten Usuar die Sache entzieht, um sie selbst zu gebrauchen. Es begeht ein furtum „der Eigentümer an seiner eigenen Sache, wenn er den Inhaber des usus beeinträchtigt". (Dollmann S. 7.) Einen Fall dieser Art behandelt die l. 15, 1 D. h. t. 47, 2 (Paulus):

„Dominus, qui rem surripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario tenetur."

Dass diese Stelle von einem furtum possessionis spricht, wie Hückel (S. 27) behauptet, scheint mir unwahrscheinlich, es ist vielmehr ein Fall des furtum usus hier gegeben, wie auch Bachem (S. 15 u. 19), Dollmann (S. 7) und Rein (S. 304) annehmen. Im übrigen ist im Principe auch Hückel mit uns einverstanden. Ganz verkehrt ist die Auffassung von Grabowski (S. 27), der jedes furtum, das gegenüber dem, „qui jus utendi re aliqua habet," verübt wird, als furtum possessionis behandelt wissen will. Er begründet dieses mit den Worten: „Quod et justum est, quia hoc furto jus ejus, qui possidet, laesum esse, quis est, qui neget?" Gewiss ist dieses der Fall, dem betr. Usuar wird der Naturalbesitz entzogen; aber wenn der Nichteigentümer dem Eigentümer die Sache contrectiert in der Absicht, dieselbe bloss zu gebrauchen, so hat er ja diesem ebenfalls Naturalbesitz entzogen, und doch ist dann auch nach Grabowski furtum usus vorhanden. Wenn wir die eben citierte Begründung Grabowski's gelten lassen wollten, würde es überhaupt nur ein furtum geben, nämlich furtum possessionis. Ob furtum usus oder aber furtum possessionis vorhanden sei, bestimmt sich lediglich nach dem animus furandi, und ist der animus des Eigentümers darauf gerichtet, sich bloss den Gebrauch anzueignen, so begeht er ein furtum usus — auch wenn er dadurch dem Usuar den Naturalbesitz entzieht. Ganz richtig darum auch Köstlin, S. 203 Anm. 206, „kein furtum possessionis liegt dagegen vor, wenn der Eigentümer dem zum Fruchtgenusse Berechtigten die Früchte entwendet".

Auch Klien (S. 120) ist der Ansicht, dass das furtum usus in jedem Falle eine fremde Sache verlange; nach ihm kann das furtum usus niemals furtum rei suae sein: „Dem furto rei alienae und usus wird das furtum rei propriae oder possessionis, Besitzdiebstahl entgegengesetzt." Eine Begründung für diese Ansicht gibt uns allerdings Klien nicht. Das furtum rei suae oder rei propriae ist aber nichts dem furtum usus entgegengesetztes, sondern umfasst die Fälle des furtum usus, die wir soeben zuletzt behandelt, und die Fälle des furtum possessionis. Auch Wächter (R. L. S. 358) scheint Anhänger der von uns bekämpften Ansicht zu sein, denn er sagt: „Mehr technisch scheint der Ausdruck: suae rei furtum gebraucht worden zu sein, und schärfer würden allerdings die verschiedenen Fälle des furtum gesondert, wenn man von dieser Bezeichnung ausginge, und in furtum rei alienae, furtum rei propriae oder suae und furtum usus einteilte." Und doch wird auch Wächter, wenn er seiner S. 364 gegebenen Definition des furtum usus treu bleiben will, mit uns sagen müssen: wenn der Eigentümer dem Gebrauchsberechtigten seine Sache widerrechtlich entzieht, in der Absicht, sie selbst zu gebrauchen, begeht er ein furtum usus, das allerdings in diesem Falle zugleich ein furtum rei suae ist.[1])

Zum Schlusse sei noch eine von Klien, S. 121 u. 122, vertretene Ansicht kurz berührt. Nach Klien begeht der Naturalbesitzer ein furtum usus, wenn er sich behufs des Gebrauches der Sache deren Civilbesitz anmasst; ein furtum rei ipsius aber, wenn er sich den Civilbesitz anmasst, um die Sache gänzlich dem dominus zu entziehen. Letzteres ist richtig, ersteres nicht. Denn durch den Begriff des furtum usus ist jede Besitzaneignung ausgeschlossen; liegt aber eine solche vor, so haben wir entweder furtum rei ipsius, wenn der Betreffende den animus rem sibi habendi hat, oder aber ein furtum possessionis, wenn der Betreffende nur einen sogenannten abgeleiteten Besitz sich anmassen will.

1) Vergl. übrigens noch Wächter das. S. 363, wo meiner Ansicht nach ein Widerspruch zu dem eben gebrachten Citat vorliegt.

Nachdem wir in dem Vorausgehenden eine genaue Erörterung der zum Wesen des furtum usus gehörigen Erfordernisse und Bestandteile zu geben versucht haben, glauben wir folgende Definition für dieses Delikt aufstellen zu dürfen:

Ein furtum usus begeht, wer im Bewusstsein der Widerrechtlichkeit seiner Handlung, ohne Anwendung von Gewalt, sich den Gebrauch einer beweglichen Sache anmasst, zum Zwecke, irgend einen Vermögensvorteil hierdurch für sich zu erzielen.

Die rechtlichen Folgen des Deliktes.

Aus dem furtum usus entspringen zunächst zwei Klagen, die actio furti und die condictio furtiva; erstere ist reine Strafklage, letztere reipersekutorischen Charakters.

§ 6.

Die actio furti.

Die harten Strafbestimmungen der zwölf Tafeln hatten durch die Thätigkeit des Prätors mit der Zeit bedeutende Milderungen erfahren; in der Justinianischen Gesetzgebung tritt uns in strafrechtlicher Hinsicht für das furtum eine civile Vermögensstrafe entgegen, die actio furti. Sie war zwar nur eine Privatstrafklage, aber gleichwohl in mancher Hinsicht durch schwere Folgen ausgezeichnet. In allen Fällen des furtum, also auch beim furtum usus, in denen die actio furti mit Erfolg angestellt wurde, traf den Thäter die Strafe der Infamie. Ja, selbst der wurde infam, der die ihm drohende actio furti durch Geld von sich abwandte oder sonstwie sich mit dem Verletzten verglich. Vergl. l. 1. l. 6, 3. 4. D. 3, 2 und ferner l. 4, 5 (Ulpian) und l. 5 (Paulus) eodem.[1])

Gemäss der l. 10 D. h. t. 47, 2 (Ulpian): cujus interfuit non surripi, is actionem furti habet, steht die Klage im allgemeinen jedem zu, der ein rechtliches Interesse daran hatte, dass die Sache nicht entwendet wurde. Doch bedarf dieser Satz verschiedener Einschränkungen, auf die aber näher einzugehen hier nicht der Ort ist.[2]) Das Grundprincip scheint mir Dollmann richtig an-

---

[1]) L. 4, 5 D. 3, 2: Item si qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit, simili modo infames sunt; l. 5 eod: quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur.

[2]) Nicht hat die Klage der Käufer, auch wenn er schon bezahlt hat, wenn die Sache vor der Tradition entwendet wird, nicht der Precarist, nicht der Depositar, falls nicht durch seine eigene lata culpa das furtum ermöglicht wurde, nicht auch der Bürge.

gegeben zu haben, wenn er (S. 41) sagt: „Wer kein unmittelbares Recht auf die Sache selbst hat, klagt dennoch, „si ejus interest“: der wahrhaft Verletzte aber klagt nur, si ejus interest. Diess Interesse aber, wenn man die in vielen Stellen darüber enthaltenen Erklärungen zusammenfasst, beruht auf Seiten desjenigen, dessen Recht dadurch gekränkt wird, in der, wenn auch nur factischen Unmöglichkeit, den Schaden anderswoher ersetzt zu erhalten.“ Es hat also beim furtum usus die Klage der Eigentümer, dem gegenüber ein solches begangen wird, ferner der Usuar, mag nun das Delikt ausgehen von einem Dritten oder aber vom Eigentümer selbst. Ist dem Usuar die Sache von einem Dritten entzogen worden lediglich zum Zwecke des Gebrauchens, also wird von diesem Dritten nur ein furtum usus begangen, so ist zunächst das Recht des Eigentümers gar nicht berührt, ejus non interest etc., und hat darum der Usuar allein die Klage. Wird dagegen an einer Sache, an der ein Usus besteht, ein furtum rei ipsius verübt, so sind beide, Eigentümer und Usuar verletzt, ersterer klagt wegen furtum rei ipsius und letzterer wegen furtum usus. Vergl. l. 46, 1. D. h. t. (Ulpian).

An verschiedenen Stellen erklären die Quellen, dass derjenige Detentor nicht mit der actio furti klagen könne, der nicht mit dem Willen des Herrn diese Detention erlangt habe. Wenn auch ein solcher Detentor ein Interesse daran hat, rem non surripi, wenn er auch dem Eigentümer haftet für das vom Dritten verübte furtum, so hat er selbst die Klage nicht, da nach den Quellen dieselbe nur dem zusteht, cujus honesta ex causa interest. Vergl. l. 76, 1 (Pompon). L. 11 D. h. t. (Paulus): Tum is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta causa interest.

Sie steht darum nicht zu dem fur, dem die Sache selbst wieder gestohlen wird, auch nicht zu dem malae fidei possessor: l. 12, 1 D. h. t.

> „Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest ejus, rem non surripi, quippe quum res periculo eius sit. Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.“ (Ulpian.)

In einem merkwürdigen Gegensatze zu dem soeben ausgeführten steht nun die l. 48, 4 D. h. t. 47, 2 (Ulpian):

„Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum sit, et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare, et id faciendo furtum admiseris; ita erit casus, quo fur furti agere possit."

Hier gibt derselbe Ulpian, der in l. 12, 1 cit. erklärt „nemo de improbitate sua consequitur actionem", die actio furti sogar dem fur selbst, einem, der ein furtum usus begangen. Es ist dies eine auffällige Abweichung von dem von Pomponius, von Paulus, ja von Ulpian selbst vertretenen Satze. Dasselbe aber, was die l. 48, 4 cit. einem conductor, der ein furtum usus begeht, zu gute kommen lässt, wird man wohl auch dem Commodatar und Pfandgläubiger einräumen dürfen, wenn diese ein furtum usus dadurch begehen, dass sie einem anderen den Gebrauch der Sache einräumen und diesem dann die Sache entwendet wird; denn auch hier trifft die Begründung Ulpians „quia custodia ad te pertinet" zu. Es wird hierdurch allerdings ein merkwürdiger Gegensatz zu dem malae fidei possessor geschaffen, der in dieser Hinsicht auf Grund von l. 12, 1 D. h. t. viel ungünstiger gestellt ist.

Der Verletzte klagt mit der actio furti auf das Doppelte seines Interesse, wenn ein furtum nec manifestum vorliegt, auf das Vierfache, wenn ein furtum manifestum vorhanden ist. Wann furtum manifestum vorliege, wann nicht, war zu den verschiedenen Zeiten der römischen Rechtsentwicklung verschieden beantwortet worden; in der Justinianeischen Gesetzgebung ist ein furtum manifestum vorhanden, „wenn der fur nach geschehener Entwendung mit dem Entwendeten auf der That oder am Orte des Diebstahles oder wenigstens, noch ehe er es an den Ort, wo er es am Tage des Diebstahles bergen oder mit dem Entwendeten bleiben wollte, brachte, ergriffen oder wenn er, ehe er so weit kam, entdeckt, und, wenn auch vergeblich verfolgt wurde; in allen anderen Fällen ist das furtum ein nec manifestum". (Wächter. R. L. S. 368.) Vergl. bes. l. 7, 1. 2 D. h. t. Gemäss den in den Quellen behandelten Fällen des furtum usus kann meines Erachtens nur in-

sofern ein furtum usus manifestum stattfinden, als der Thäter die betr. Handlung in Gegenwart des Verletzten trotz dessen Protestes vornimmt, vgl. auch l. 7, 1. D. h. t., oder aber in Gegenwart von dritten Personen, die gegen ihn auftreten. Es genügt nicht die passive Assistenz dieser dritten zum Vorhandensein eines furtum usus manifestum; ja selbst dann, wenn diese Personen beim furtum selbst bona fide mitwirken und hinterher erst erfahren, dass diese Handlung aus den und den Gründen ein furtum usus sei, so bleibt das betr. furtum usus ein nec manifestum. Als Beispiele eines furtum usus manifestum mögen folgende dienen: Der Eigentümer des Fahrrades steht am Fenster, es nimmt jemand trotz seines Einspruches das Fahrrad weg und fährt mit demselben eine Stunde spazieren, um es dann wieder an den alten Platz zu stellen. Ich leihe meinem Nachbar eine Dezimalwage von 50 Ko. Tragfähigkeit, bemerke ihm noch ausdrücklich, dieses sei das Maximum, überrasche aber dann den Commodatar bei der Beschäftigung, Waren von 60, 70 und mehr Ko. abzuwiegen. Dagegen liegt kein furtum usus manifestum vor, wenn der Eigentümer seine dem Titius geliehene Sache bei einem Dritten, der sie von Titius zum Gebrauche erhalten, vorfindet; die widerrechtliche Handlung ist hier schon vollbracht, der Gegenstand dorthin geschafft, wohin der fur wollte.

Inbezug auf die Berechnung des duplum resp. quadruplum bei der actio furti bestehen unter den Juristen mancherlei Meinungsverschiedenheiten. Beim furtum rei ipsius ist zu Grunde zu legen das Interesse des Bestohlenen, sollte aber dasselbe nicht so hoch sein als der Marktpreis der Sache, dann das verum rei pretium; letzteres ist also das Minimum für das Simplum der Berechnung. So l. 50 pr. D. h. t. (Ulpian). Analog diesem Falle ist beim furtum usus zu Grunde zu legen als simplum das Interesse, das der Verletzte daran hatte (quod ejus interfuit), usum non esse subtractum. (So auch Dollmann S. 45.) Es ist also unserer Ansicht nach immer zu Grunde zu legen das Interesse des Berechtigten an dem Objekte des furtum, das Objekt ist aber beim furtum usus der usus rei, nicht die res ipsa. Anderer Meinung ist Schirmer (S. 216). Nach ihm ist für den Fall, dass der Eigentümer in seinem Gebrauchsrechte verletzt wird, also ein furtum usus dem dominus rei gegenüber verübt wird, dieser berechtigt, die actio

furti anzustellen auf das mehrfache des Sachwertes, nicht bloss auf das mehrfache seines Interesses. Schirmer stützt sich auf die l. 80, 1 D. h. t. (Papinian).[1]) Die l. 80, 1 handelt aber nicht, wie Schirmer behauptet, vom furtum usus, sondern vom furtum rei ipsius; kein einziger der von uns zu vorliegender Arbeit benutzten Schriftsteller zählt diese Stelle als zum furtum usus gehörig auf. Schirmer gibt, wie aus seiner Darstellung ersichtlich ist, die Worte „jure dominii defertur furti actio" folgendermassen wieder: Dem Eigentümer steht die actio furti zu auf das mehrfache des Sachwertes, sowie ein ihm als Eigentümer zustehendes Recht verletzt wird. Wir bezweifeln jedoch, dass Papinian an dieser Stelle an irgend etwas anderes als das furtum rei ipsius gedacht haben soll, und wir übersetzen: Der Eigentümer klagt auf das mehrfache des Sachwertes, wenn er als Eigentümer verletzt wird, d. h. wenn ihm die Substanz der Sache entzogen wird. Es ist auch aus den Quellen absolut nicht ersichtlich, warum der Eigentümer besser gestellt sein sollte, als der einfache Usuar, warum bei derselben Rechtsverletzung der erstere auf das mehrfache des Sachwertes, der letztere nur auf das mehrfache seines Interesse klagen dürfe. Nach unserer Übersetzung dagegen harmoniert die l. 80, 1 ganz und gar mit den oben für die Berechnung des Simplum beim furtum rei ipsius angegebenen Grundsätzen. Wenn ferner Schirmer glaubt, seine Ausführung erhalte noch eine Bekräftigung durch die Schlussworte der citierten Stelle: „quia itaque etc.", so können

[1]) „ . . . . . Diese Vermutung erweist sich nun aber in dem Falle sofort als irrig, den man so recht eigentlich als furtum usus anzusehen gewohnt ist, wo sich ein Depositar, Commodatar oder Pfandgläubiger den Gebrauch der Sache widerrechtlich anmasst Hier nämlich stellt der Eigentümer die actio furti auf den Sachwert an. Das besagt die Regel in l. 81, 1 D. de furt.: „Cum autem jure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est."

Was dann noch durch den Gegensatz bekräftigt wird: „Quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, quum cessante dominio furti actio nascitur." Zweifellos wird nun doch in dem bezeichneten Falle dem Bestohlenen die actio furti jure dominii deferiert, also von ihm auf ein mehrfaches des Sachwertes angestellt. Dasselbe ergibt sich aus l. 16 D. de cond. furt. 13, 1. Also die Sache selbst ist Objekt der Condiktion, nicht etwa die Leistung des Wertes des entzogenen Gebrauches." Schirmer in der Zeitschrift d Savigny-Stiftung, Bd. V Roman. Abt S 216, 217.

wir ihm keineswegs beistimmen, sondern halten vielmehr folgende von Hückel, S. 62, gegebene Erklärung für richtiger: „Die Worte quia itaque ff. wollen vielmehr nur sagen, dass in denjenigen Fällen, in welchen dem Nichteigentümer die actio furti zusteht („cum cessante dominio furti actio nascitur"), dieselbe nicht auf das mehrfache des corpus rei zu richten ist, weil ja hier die sola utilitas massgebend ist. Hieraus folgt aber nicht, dass der Eigentümer stets (also auch, wenn gegen ihn nur ein furtum usus begangen worden ist), bei der Anstellung der actio furti vom verum rei pretium auszugehen habe." [1])

Wenn wir ferner bei der Berechnung des Interesse näher zusehen, so werden wir sehr häufig Fälle eines furtum usus finden, bei denen wir überhaupt keine Anhaltspunkte für die Berechnung eines simplum haben. Ich leihe Titius ein Buch auf vier Wochen, das ich ihn nicht weiter zu verleihen noch ausdrücklich bitte; Titius leiht es hingegen sofort einem anderen, gibt mir jedoch zur festgesetzten Zeit das Buch unversehrt zurück. Es liegt offenbar ein furtum usus vor, ein verstatteter Gebrauch ist überschritten worden; Schaden habe ich aber keinen erlitten, ein sonstiges Interesse vermag ich nicht nachzuweisen, es fehlt also an einem simplum für die Berechnung. Als weiteres Beispiel sei mir gestattet einen Fall anzuführen, den ich im Pandektenpraktikum des Herrn Zitelmann zu Bonn kennen lernte: Ein Fräulein, das eine Reise von mehreren Wochen antritt, übergibt vor ihrer Abreise ihren zärtlich geliebten Kanarienvogel dem Hauswirte zur Aufbewahrung und Pflege. Bei der Rückkunft wird der Dame der Vogel, der wohl und munter ist, im besten Zustande übergeben. Es stellt sich aber heraus, dass der betr. Hauswirt das Tierchen auf einer Ausstellung von Kanarienvögeln ausgestellt und einen Preis erlangt hatte; die Handlung des Wirtes war den näher angegebenen Umständen zufolge entschieden invito domino, hier domina, geschehen; es liegt furtum usus vor. Aber welches Interesse soll als simplum dienen? Auch ohne das furtum usus des Wirtes hätte das Fräulein ihren Kanarienvogel nicht eher, nicht besser, nicht gesünder erhalten, Schaden hat sie gar keinen erlitten.[2])

---

1) Übrigens ist auch Wächter, wie aus S. 393, Nummer 3, (R-L), ersichtlich ist, unserer Ansicht.

2) Zu dem Preise verhilft man dem Fräulein unter Annahme einer unächten negotiorum gestio.

Auch bei den Beispielen, die uns das corpus juris mitteilt, kann man öfters in Verlegenheit darüber geraten, was man eigentlich als simplum bei der Berechnung des duplum und quadruplum annehmen soll. Gewisse Stellen lauten allerdings so allgemein, vergl. z. B. l. 54 pr. und l. 54, 1 D. h. t., dass man immerhin sich Fälle mit einem simplum dabei denken kann; aber worin soll das simplum bestehen bei der l. 5, 8 D. 13, 6: qui equo, inquit, vel vestimento aliter, quam commodatum est, utitur, furti tenetur; dieser Stelle entspricht inhaltlich teilweise l. 40 D. 47, 2,[1]) inbezug auf „vestimento aliter . . . utitur" auch die l. 82 pr. D. 47, 2.[2]) Wir sagten oben, dass massgebend ist für die Berechnung in erster Linie das id quod interest des Verletzten, in Ermangelung eines solchen Interesse resp. falls der Marktpreis mehr beträgt, der Marktpreis der Sache beziehungsweise des behaupteten Rechtes, das verletzt sein soll. Wenden wir dieses auf die l. 5, 8 cit. an, so bekommen wir hinsichtlich des widerrechtlichen Gebrauchens des Pferdes ganz befriedigende simpla für eine Berechnung, anders aber beim uti vestimentis. Folgende Beispiele mögen dieses zeigen. Ich gebrauche das mir zum reiten geliehene (commodierte) Pferd als Ackergaul; thue ich dieses längere Zeit, so wird offenbar eine Deterioriation des Reitpferdes eintreten, und durch Sachverständige etc. wird das Interesse des Verletzten ermittelt werden können. Verübe ich aber die widerrechtliche Handlung nur vorübergehend, vielleicht zwei Tage lang, so werden sich die Spuren meines furtum usus nicht leicht nachweisen lassen, das Pferd wird keine sichtbare Verschlechterung erfahren haben; aber hier in diesem Falle wird in dubio als simplum dienen können der Mietpreis, den man für einen Gaul auf zwei Tage zahlen muss. Ganz anders liegt die Sache im Falle der l. 82 pr. h. t. Hat hier das uti des fullo et sarcinator keine Verschlechterung des Kleides zur folge gehabt, was ist dann als simplum anzunehmen? Der Schneider zieht meinen Frack, an dem er einige Knöpfe versetzen soll, zum Schneiderballe an, restituiert mir dann den Frack ausgebessert und

[1]) „Qui jumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus sit, furtum facit." (Paulus.)

[2]) „Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta." (Paulus.)

tadellos, — furtum fecisse videtur, quia non eam causam ab eo videtur acceptum. Soll mir die Frackmiete, die man bei solchen Gelegenheiten zahlen muss, als simplum dienen? Mein Interesse ist ein ganz anderes, es geht entschieden weiter; niemand kann mir zumuten, ein Kleidungsstück anzuziehen, das irgend ein Unberufener angehabt hat; mit der condictio furtiva — wie wir unten zeigen werden — kann ich hier, obwohl nur furtum usus vorliegt, Ersatz meines Frackes verlangen. Dieser Wert wird aber schwerlich als simplum für die Berechnung des duplum vel quadruplum dienen können; es würden nämlich sonst in diesem Falle mit ganz derselben Strafe belegt der, welcher die Substanz der Sache sich angeeignet und der, welcher nur den usus derselben sich anmasste. Ganz anders freilich Schirmer, ihm genügt dieses Resultat, sobald nur der Verletzte Eigentümer der Sache ist.

Die actio furti ist aktiv unverjährbar,[1]) geht aber nur gegen den Thäter, nicht auch gegen dessen Erben (l. 1 pr. D. 47, 1). Sie kann aber nicht nur angestellt werden gegen fur selbst, sondern auch gegen dessen Gehilfen (l. 50, 1 — 4 D. h. t. § 11. J. 4, 1) und gegen den Hehler (l. 48, 1 D. h. t.) und zwar gegen jeden in solidum, die Zahlung des einen befreit nicht den anderen. Indessen wurde der Gehilfe immer nur mit der Strafe des furtum nec manifestum belangt, mochte er auch bei einem furtum manifestum seine Hilfe geleistet haben. (L. 34 D. h. t.)

Auf die weitere Entwicklung der actio furti, das Entstehen der actio furti criminalis u. s. w. einzugehen, ist hier nicht der Ort.

§ 7.

Die condictio furtiva.

Ganz getrennt von der eben geschilderten Pönalklage ist durch das furtum usus noch eine zweite Klage begründet, die condictio furtiva. Sie hat einen rein reipersekutorischen Charakter, gehend auf die Wiedererstattung der gestohlenen Sache, falls diese nicht

[1]) Während die sonstigen prätorischen Strafklagen einer kurzen Verjährung unterlagen, wurde unsere furti actio wohl schon aus dem Grunde ausgenommen, weil sie an Stelle der civilen Kapitalstrafe getreten war, also schon ohnehin eine erhebliche Milderung darstellte.

mehr existiert, auf Erstattung des gesamten Interesse.[1]) Ob diese Klage eine Deliktsklage sei oder nicht, war stets streitig. Wir sind mit Arndts, Baron, Dernburg, Glück etc. der Ansicht, dass die condictio furtiva keine Deliktsklage ist, ohne dabei verkennen zu wollen, dass infolge des Klagefundamentes, das ja immerhin das furtum ist, gewisse Sonderheiten vorhanden sind. (Vergl. aber auch Windscheid S. 594, 595 und die dazu gehörigen Anmerkungen.)

Die Klage steht allein zu dem Eigentümer l. 14, 16 D. h. t. l. 1. D. 13, 1.[2]) Auch nicht jeder Eigentümer ist klageberechtigt, sondern nach l. 11 D. 13, 1 (Paulus) nur der Eigentümer, „cui res subrepta est, vel heredi eius". Die Klage geht gegen den Dieb, gleichgiltig ob manifestus oder nec manifestus, und dessen Erben, nicht aber gegen den Gehilfen und Hehler, vgl. l. 6. D. de cond. furt. 13, 1 (Ulpian). Der Erbe haftet nicht bloss auf die Bereicherung, die er durch die Handlung des fur erfahren, sondern voll und ganz (l. 9 D. 13, 1 Ulp.). Sind mehrere Thäter vorhanden, so haften sie in solidum, aber die Leistung des einen befreit die anderen.

Es kann auf den ersten Augenblick auffallend erscheinen, warum der durch das furtum Verletzte, besonders wenn er Eigentümer ist, ausser der Pönalklage auch noch diese condictio furtiva erhalten hat. Denn um zu seinem rechtmässigen Eigentume zu gelangen standen ihm ja eine Reihe von anderen Rechtsmitteln zu Gebote: er konnte klagen mit der rei vindicatio, mit der actio ad exhibendum und dann in den meisten Fällen unseres furtum usus mit irgend einer Contraktsklage.[3]) Gleichwohl wurde noch

[1]) „Beim furtum usus und pignoris gestaltet sich die Klage dann so, dass sie sogleich auf Leistung des Interesse geht, da eine Rückgabe des Gestohlenen natürlich nicht möglich ist." (Bachem S. 42.) Es ist diese Forderung auf Rückgabe wohl möglich, und warum auch nicht beim furtum usus? Wenn der Thäter auch nur die Absicht hat, die Sache zu gebrauchen und sie später aus eigenem Antriebe zurückzugeben, so braucht doch der Eigentümer nicht erst diesen Moment der Rückgabe abzuwarten und kann schon vorher auf Rückgabe seiner Sache klagen.

[2]) „In furtiva re soli domino condictio competit." (L. 1. D. 13, 1. Ulpian).

[3]) Vergl. l. 7, 1 in fin. D. 13, 1: „Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti, et condictionem, et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem." (Ulpian.) Ferner l. 71 pr D. h. t. 47, 2 (Javolen): „Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti, et commodati potest; et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obiicitur."

die neue Klage gegeben odio furum; Justinian begründet diese Klage in § 14 J. de action. 4, 6.[1]) Ganz überflüssig war auch die neue Klage keineswegs, denn es konnten immerhin Fälle eintreten, in denen mit einer rei vindicatio, actio ad exhibendum etc. nichts auszurichten war. So, wenn dem fur, ohne dolus, die Sache abhanden kommt, oder dieselbe ohne sein Verschulden zu grunde geht. Dagegen bei der condictio furtiva haften der fur und seine Erben stets, auch wenn sie sine dolo malo possidere desierunt. Es kann hier den Beklagten in keiner Weise der Nachweis befreien, dass die Sache durch einen Zufall zu grunde gegangen ist, der die Sache, auch wenn sie beim Eigentümer gewesen, in jedem Falle getroffen haben würde: semper enim moram fur facere videtur (l. 8, 1 in fin. D. 13, 1), und ferner

> l. 16 D. 13, 1 (Pompon.): „Qui furtum committit vel re commodata, vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur. Quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, quum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur."

Der fur ist von dem Momente an, wo er den Gebrauch sich angemasst, in Verzug; es bedarf bei ihm nicht erst einer Mahnung — lex interpellat pro homine —, und nicht eher wird er von den damit verbundenen Nachteilen befreit, bis er die Sache in gehöriger Weise dem Verletzten angeboten hat. Geht also vorher die Sache durch Zufall unter, so haftet er mit dem höchsten Werte, den die Sache seit der Begehung des furtum usus hatte, erleidet sie Deterioriationen, so steht der fur auch für diese ein.[2])

---

[1]) „Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut, extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur, si paret eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit."

[2]) Vergl. l. 8, 1 D. 13, 1. (Ulpian): „Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime quum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur." Vgl. ferner v. Buchholtz S. 382 ff.

Auch in sofern ist der fur schlechter gestellt als die übrigen malae fidei possessores, als er nicht einmal notwendige Verwendungen, die er auf die fremde Sache gemacht hat, ersetzt verlangen kann. Die anderen malae fidei possessores erhielten einen Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae infolge der l. 5 C. de rei vind. 3, 32 (Gordian). Es wird in dieser Stelle nur den sonstigen mal. fid. poss. diese Vergünstigung eingeräumt, nicht aber dem fur, es gilt für ihn noch immer die l. 13 D. 13, 1 und l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. (Nicht richtig darum Grabowski S. 45.)

Wenn Glück, S. 213, als weiteren Vorzug der cond. furtiva vor der rei vindicatio eine leichtere Beweisführung anführt, so finde ich hierfür keinerlei Begründung in dem ganzen Titel 13, 1. Es wird hier wie in 47, 2 D. immer als Kläger der dominus zugelassen und nur er; dass der blosse Beweis der wirklich geschehenen Entwendung für hinreichend gehalten wurde, ist nirgends ersichtlich.

Wie wir oben erwähnt, ist einzig und allein der Eigentümer der entwendeten Sache, resp. dessen Erbe zur Anstellung der condictio furtiva berechtigt; der Kreis der Personen, die eine actio furti anstellen können, ist also wesentlich weiter. Wie wir ferner früher ausgeführt, ist die actio furti reine Pönalklage, ohne allen reipersekutorischen Charakter. Durch die heutige Reichsstrafgesetzgebung ist aber die Materie des Diebstahles in strafrechtlicher Hinsicht gänzlich geordnet worden und sowohl die actio furti wie die actio furti criminalis antiquiert. Es kann also heutigen Tages nicht mehr der Usuar, dem ein dritter den usus seiner Sache entzieht, oder dem der Eigentümer die Sache wegnimmt, um selbst den usus auszuüben, eine actio furti anstellen. Dass er das Recht haben sollte, eine condictio furtiva anzustellen, dem widerspricht ganz und gar l. 1 D. 13, 1. Soll nun der betr. Usuar ganz klagelos sein? Ein grosser Teil der Schriftsteller vor unserem R. Str. G. B. schweigt sich über diesen Punkt, der schon zu ihrer Zeit kritisch war, hinweg. (Wächter R. L. Anm. 86.)[1]) Die aber, welche die Sache behandeln, machen verschiedene Vorschläge. Dernburg (II. S. 345) führt folgendes aus: Die actio furti ist nicht

[1]) So übergeht diesen Umstand mit Stillschweigen: Heimbach in Weiskes R. L. Bd. 2, S. 902 ff. in seinem Artikel „condictio furtiva".

reine Pönalklage gewesen, sie hatte auch den Zweck, den schadlos zu halten, welcher zwar verletzt war, aber keine condictio furtiva anstellen konnte. „So weit sie eine Privatstrafe beitrieb, ist sie nicht gemeinrechtlich; soweit sie Schadloshaltung bezweckt, ist sie noch praktisch. Ihre Erhebung ist daher noch zulässig: a) seitens des Eigentümers der entwendeten Sache gegen Anstifter und Gehilfen des Diebstahls, b) seitens aller anderen, die bei dem Diebstahl interessiert sind, gegen den Dieb und die Diebesgenossen."

Dass die actio furti aber reine Strafklage war, geht aus allen Stellen des zweiten Titels des 47. Buches hervor, und kurz und bündig sagt § 5 J. 4, 1: Poena manifesti furti quadrupli est etc. und ferner § 19 J. 4, 1: Furti actio . . . . tantum ad poenae persecutionem pertinet. Dernburg selbst stützt sich auch auf keine Quellenstellen für seine Behauptung, sondern lediglich auf die von Lenel in Ed. S. 259 reconstruierte Formel, aus der wir aber in dieser Hinsicht nichts ersehen können.

Wächter (R. L. Anm. 86), der zuerst bei unserem Punkte auf die durch die Weiterbildung des Rechts entstandene Lücke hingewiesen, sagt: „. . . . Nach teutschen Gesetzen ist beinahe in allen, nach dem entschiedensten Gewohnheitsrechte in allen Fällen die furti actio ausgeschlossen. Wie sollen nun jene übrigen Personen (Usuar, Pachter, und die übrigen Detentoren, selbst der Bestohlene beim furtum possessionis) zum Ersatze kommen? Nach der Darstellung unserer Civilisten hätten sie, da die furti actio wegfällt und die condictio ihnen nicht zukommt, gar keine Klage! Offenbar wird man nun hier ergänzen, und ihnen eine in factum actio auf Ersatz ihres Interesses geben müssen. Vgl. auch l. 50 § 4. l. 66. § 4. D. h. t."

Zwar beweisen die von Wächter angeführten Stellen nichts für den Vorschlag, denn diese Stellen wollen eine in factum actio für Fälle, wo überhaupt kein furtum vorliegt, wo infolge Fehlens eines wesentlichen Erfordernisses nur ein dem furtum ähnliches Vergehen vorhanden ist; immerhin aber ist der Vorschlag Wächters nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Sehr scharfsinnig in der Begründung ist der von Windscheid gemachte Vorschlag, S. 694 Anm. 11: „. . . Die genannten Personen hatten nach römischem Rechte die actio furti und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14, 16

cit. l. 12, 5 D. de usufr. 7, 1). Da nach heutigem Rechte die actio furti nicht mehr gilt, so ist hier eine Lücke. Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne weiteres durch Gewährung der condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22, 4 C. de furt. 6, 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zulässigen actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25, 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est", l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 § 3 l. 18. D. de act. rer. am. 25, 2 und dazu Unterholzner § 329. e. Übrigens ist die Frage nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigentümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit anfasst."

Dem letzten Satze stimmen wir vollständig bei, inbezug auf das andere folgendes. Der Ehemann hatte nach Auflösung der Ehe anstatt der actio furti eine actio rerum amotarum gegen seine einstige Ehefrau, und mit dieser Klage erreichte er dasselbe wie mit einer condictio furtiva. Ja, in zwei Fällen hat der Mann während bestehender Ehe eine condictio furtiva selbst: l. 3, 2 D. 25, 2. Es wird ferner vom Principe abgewichen in l. 22, 4 C. 6, 2: Noch während bestehender Ehe kann der Mann gegen seine Frau die actio rerum amot. anstrengen, wenn diese eine Sache entwendet hat, die der Mann als Commodatar empfangen, und für die er haftet und belangt wird. Die actio rer. am. ist aber eine condictio: rerum amotarum actio condictio est (l. 26. Gaj. 25, 2). L. 17, 2. 3 und l. 18 eod. Windscheid sagt nun: Was hier die Quellen dem Ehemanne als Commodatar gegenüber seiner Frau gestatten, können wir, um die durch die moderne Gesetzgebung entstandene Lücke auszufüllen, in analoger Weise auch anderen geben, die früher die actio furti hatten. (Vgl. zu den cit. Stellen auch von Buchholtz, S. 344 ff.) Wenn auch nicht voll und ganz zu ersehen ist, ob diese condictio, welche die actio rerum amotarum sein soll, die condictio furtiva ist, sie kann ja auch condictio sine causa etc. sein, so glauben wir doch der Ansicht von Windscheid schon aus praktischen Erwägungen beistimmen zu dürfen, und geben wir darum für den Fall eines furtum, also auch eines furtum usus, auch dem verletzten Nichteigentümer eine condictio furtiva.

§ 8.

Die Ausschliessung der Ersitzung.

Schon durch die zwölf Tafeln sind entwendete Sachen der usucapio entzogen, und diese Bestimmungen wurden bestätigt und näher präcisiert durch eine lex Atinia. Sobald an einer Sache ein furtum verübt ist, kann sie nicht eher ersessen werden, das vitium rei purgatur nicht eher, als bis sie in die potestas domini zurückgekehrt ist.[1])

In seinem Werke über die „Verjährungslehre" Bd. 1 will nun Unterholzner diese Bestimmungen nur auf die Fälle des furtum rei ipsius und possessionis angewandt wissen, dagegen bewirke das blosse furtum usus nicht die Usucapionsunfähigkeit. Er argumentiert hierbei folgendermassen: Durch das furtum usus wird keine Besitzentwendung vollzogen, auch ist kein Besitzerwerb mit ihm verbunden. Die Entwendung ist hier eigentlich nur an der Nutzung begangen worden, und es scheint darum gar nicht der Natur der Dinge angemessen, die Sache selbst deswegen als eine entwendete zu betrachten. (Unterholzner. S. 206. 207. 214.)

Die ganze Lehre vom Usucapionsverbot bei der res furtiva ist von der römischen Jurisprudenz mit grosser Subtilität behandelt worden, aber weder in den Institutionen, noch in den Digesten, noch im Codex, wo diese Lehre zu finden ist, wird dieser Unterschied auch nur mit einem Worte angedeutet. Und doch wie leicht hätten Ausführungen, wie sie § 4. J. 2, 6 und l. 36 pr. u. § 1 D. 41, 3 enthalten, zu Bemerkungen über diesen Punkt Anlass geben können.

Dass unter anderem l. 35 D. 41, 3 seiner Behauptung widerspricht, merkt Unterholzner und sucht darum die Tragweite dieser Stelle abzuschwächen. Es ist jemandem der ususfructus eines Sklaven vermacht worden und, ehe der Erbe angetreten, wird der Sklave entwendet. Der Erbe hat keine furti actio, ihm gegenüber ist kein furtum verübt worden, wohl aber gegenüber dem Usufructuar; er ist in seinem usus verletzt, hat eine actio furti,

[1]) Vergl. dazu l. 49 D. 41, 3 (Labeo): „Si quid est subreptum, id ususcapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit."

und weil er diese actio furti hat, kann der Sklave nicht ersessen werden: nullam eius rei usucapionem esse, cujus nomine furti agi posset. (Vgl. auch l. 20, 1. D. 47, 2.)

Wenn wir ferner den wahrscheinlichen Grund der Usucapionsunfähigkeit der res furtivae näher betrachten, so ist ersichtlich, dass es gleichgiltig ist, welche von den drei Arten eines furtum vorliegt. „Der Grund, aus welchem die Verjährung bei den entwendeten Sachen im Römischen Rechte verboten ist, liegt ziemlich nahe. Wenn nämlich die usucapio nicht unbillig sein soll, so muss auf Verhältnisse Rücksicht genommen werden, welche die Vermutung, als habe man während des Laufes der Verjährung hinlängliche Zeit gehabt, seine Rechte wahrzunehmen, geradezu aufheben." (Unterholzner S. 193.) Derartige Verhältnisse sind aber nicht nur beim furtum rei ipsius, sondern auch bei dem furtum usus vorhanden. Es gibt Fälle bei dem furtum usus, wo der Eigentümer geschützt werden muss durch die Unverjährbarkeit der res furtiva, wo die Sache, an der nur ein furtum usus begangen wurde, in die Hände eines dritten gutgläubigen Besitzers gelangt, bevor sie zum dominus zurückgekehrt ist. Folgende zwei Beispiele, im Anschlusse an l. 36 pr. D. 41, 3 construiert, mögen dieses zeigen. 1. Ich leihe dem A eine Sache, derselbe leiht sie widerrechtlich dem B, begeht somit ein furtum usus. Kurze Zeit darauf stirbt A; seine Erben, in der Meinung, die betr. Sache habe dem A gehört, schenken sie dem B; dieser weiss nichts von dem vitium, das der Sache anhaftet; es sind alle Voraussetzungen bei ihm zur Ersitzung vorhanden, gleichwohl kann er die Sache nicht ersitzen, denn sie ist durch das furtum usus eine res furtiva geworden. 2. Ich nehme eine Sache dem Eigentümer weg, in der Absicht sie zu gebrauchen, dann aber zurückzugeben. Ich sterbe aber unterdessen. Meine Erben glauben, die Sache sei Eigentum von mir gewesen und verkaufen sie bona fide dem Titius. Mag dieser noch so sehr in gutem Glauben sein, er kann die Sache nicht ersitzen, sie ist durch das furtum usus eine res furtiva und somit unersitzbar.

Gewiss, das ist zuzugeben, wird in den meisten Fällen des furtum usus eine Ersitzung nicht zu befürchten sein, es trifft hier die oben erwähnte Argumentation von Unterholzner zu. Der Betreffende gebraucht widerrechtlich oder verleiht widerrechtlich,

von Besitz ist nicht die Rede. Ja, in dem Falle, wo ein furtum usus vorliegt, das zugleich ein furtum rei suae ist, wird das vitium sofort getilgt, weil ja die entwendete Sache sofort zum dominus zurückkehrt. Gleichwohl ist beim Usucapionsverbot der res furtivae der ganze Umfang des furtum, wie er uns in der viel citierten Definition des Paulus (l. 1, 3 D. 47, 2) entgegentritt, zu grunde zu legen.

Werfen wir einen Rückblick auf das Ganze, so werden wir dem in der Einleitung inbezug auf die Dreiteilung des furtum Gesagten voll und ganz beistimmen. Es gelten für sämtliche drei furta dieselben Grundsätze, gleich sind die wesentlichen Erfordernisse — natürlich das Objekt ausgenommen — gleich auch im Principe die rechtlichen Folgen. Immerhin aber ist es interessant zu constatieren, zu welchen Resultaten die Anwendung dieser für das furtum aufgestellten Grundsätze dann führt, wenn nur der usus das verletzte Objekt ist, interessant auch zu sehen, wie sehr die für die Existenz eines furtum überhaupt notwendigen Erfordernisse dadurch in ihrer Gestaltung beeinflusst worden sind, dass auch die Gebrauchsentwendung in den Kreis des Deliktes gezogen wurde. Es ist deshalb auch kein Grund vorhanden, die Ausdrücke furtum ipsius rei, furtum usus u. s. w. aufzugeben, weil, wie wir wenigstens für das furtum usus gezeigt, damit ganz deutlich und scharf ein bestimmt begrenzter Teil der Fälle des furtum gekennzeichnet wird.

Schluss.

Das furtum usus hat nicht bloss einen historischen Wert, es ist keineswegs ein völlig antiquiertes Rechtsinstitut. Noch heute sind im Gebiete des gemeinen Rechtes die römischen Grundsätze über das furtum und furtum usus, soweit sie lediglich civilrechtlicher Natur sind, unbestritten in Geltung. Missbraucht der Commodatar, der Pfandgläubiger das ihm geschenkte Vertrauen, begeht er an der Sache ein furtum usus, so ist der Verletzte nicht bloss auf die Contraktsklage angewiesen, er hat ein weit wirksameres Rechtsmittel, die condictio furtiva. Noch heute hat, wer ein furtum usus begangen, für casuellen Untergang der Sache einzustehen, noch immer gilt für ihn der Satz „fur semper moram facere videtur", und ebenso hat er keine Gegenforderungen wegen notwendiger Auslagen für die entwendete Sache. Auch die über die Nicht-Ersitzbarkeit der res furtiva entwickelten Grundsätze sind im heutigen gemeinen Rechte in Geltung.

Dagegen sind, wie wir bereits oben angedeutet, in strafrechtlicher Hinsicht die römischen Bestimmungen über das furtum usus gänzlich antiquiert. Durch die §§ 242—248, 289—291 und 370, 5 unseres Reichs-Strafgesetzbuches ist die ganze Materie, die den Begriff des römischen furtum ausmachte, strafrechtlich erledigt, es ist im heutigen Rechte für die römische Pönalklage, die actio furti, kein Raum mehr. Es ist hierbei das furtum usus gänzlich aus dem Rahmen des Diebstahles hinausgedrängt worden, denn nach dem § 242 begeht nur der einen Diebstahl, „wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen," der Schutz des Diebstahlsgesetzes gilt also bloss dem Eigentume, nicht aber auch anderen dinglichen Rechten.

Gewisse Fälle des römischen furtum usus treten uns in den §§ 289 und 290 des R.-Str.-G. entgegen; der § 289 umfasst die Fälle des furtum suae rei und hierbei auch den Fall des furtum usus, der zugleich ein furtum rei suae darstellt: der Eigentümer, oder ein anderer zu gunsten desselben nimmt die bewegliche Sache dem berechtigten Usuar, der an derselben einen Niessbrauch oder ein sonstiges Gebrauchsrecht hat, rechtswidrig weg.

Der § 290[1]) behandelt einen Fall der l. 54 pr. D. 47, 2 (Gajus): Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Gemäss dem § 290 wird lediglich der öffentliche Pfandleiher mit Strafe bedroht, nicht jedweder Pfandgläubiger, der ein furtum usus verübt. Aber gerade hier tritt uns die verschiedene Stellung entgegen, welche das römische Recht und unser modernes Strafrecht einnehmen. Nach ersterem wird der betr. Thäter bestraft, weil er ein Privatinteresse verletzt hat, es schreitet kein Richter ex officio ein, falls der Verletzte nicht klagt. Ganz anders im heutigen Strafrechte: Das Gewerbe des öffentlichen Pfandleihers untersteht einer obrigkeitlichen Controlle, es kommen hier eine Reihe öffentlicher Interessen in betracht, und missbraucht der Pfandleiher das ihm geschenkte Vertrauen, verletzt er durch ein furtum usus das öffentliche Interesse, so wird nicht erst ein Antrag seitens des etwa Geschädigten abgewartet, sondern von amtswegen wird gegen den Thäter vorgegangen.

Andere Fälle eines furtum usus können nach dem R.-Str.-G. nur dann geahndet werden, wenn sie den Thatbestand irgend eines anderen vom Gesetze mit Strafe bedrohten Verbrechens ausmachen. So können gewisse Fälle unter den Begriff des Betruges subsumiert werden, gemäss § 263 d. R.-Str.-G.; wir erwähnen nur unser oben cit. Beispiel: es fährt jemand dolos ohne Fahrkarte mit der Eisenbahn. Es werden aber gleichwohl zahlreiche Fälle von furtum usus heutigen Tages strafrechtlich nicht geahndet werden können, und werden für sie nur die Folgen eines civilen Unrechts eintreten. Immerhin wird man einen bedeutenden Fortschritt darin erblicken dürfen, dass unser R.-Str.-G. das furtum

[1]) „Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängnis bis zu Einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft."

usus als Diebstahl nicht gelten lässt, denn sonst wäre der ganzen heutigen Auffassung, ja überhaupt der deutschen Auffassung vom Begriffe des Diebstahls widersprochen worden.[1]) Auch heute noch gelten die schönen Worte, die 1865 Geyer in der österreichischen Gerichtszeitung geschrieben: „Man stelle doch die Handlungsweise und Gesinnung desjenigen, welcher einem anderen einen wenn auch geringfügigen Geldbetrag stiehlt, in Gedanken neben das furtum usus! Das gesunde Rechtsbewusstsein muss sich empören, wenn jemand als Dieb verurteilt werden soll, welcher einem anderen heimlich einen Pflug wegnahm, um mit diesem zu ackern, oder ein Pferd, um darauf zu reiten.

[1]) Für das frühere gemeine Strafrecht verweisen wir auf Köstlin, S. 194, 217, 218, 359; Dollmann, 74, 75, 97, 106—111.